STUDII SOPRA GANS

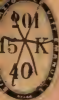
RELATIVI

AL DRITTO ROMANO

DA

A. TURCHIARULO

439 6/2

NAPOLI
TIPOGRAFIA ALL'INSEGNA DEL DIOGENE
Strada Montesanto, 14.
1853

STUDII SOPRA GANS

RELATIVI

AL DRITTO ROMANO

DA

A. TURCHIARULO

NAPOLI
TIPOGRAFIA ALL'INSEGNA DEL DIOGENE
Strada Montesanto, *11*.
1853

PREFAZIONE

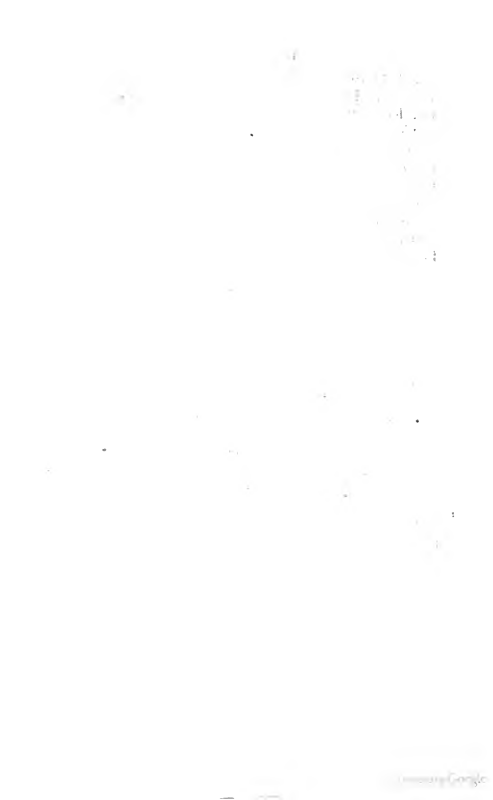
> Finchè s' erge il Colosseo, Roma starà: al cader del Colosseo Roma cadrà, e con Roma — il mondo —.

Queste parole, che l' ispirazione del poeta Inglese applicava alla città di Roma, e quello ch' egli presagiva della forza e della durata dei suoi edificii contro l' urto dei secoli e delle vicende sociali, va detto con più ragione di quella Roma, che non sta sopra fabbriche, nè s' innalza su monumenti, ma vive nelle pagine non periture della storia, ed è parte essenziale di tutto il travaglio e delle glorie della moderna civiltà. Roma guerriera e conquistatrice cadde, ma vive ancora la Roma legislatrice: dileguossi dai suoi recinti lo spirito dell' antica civiltà, ma fu bentosto la sola e prima inauguratrice d' una era novella. Parrebbe destinata dalla Provvidenza ad essere l' imagine visibile di quel principio storico, che è sempre fecondo ed immutabile a traverso le vicende della storia, ad essere la città eterna fra tante città, che successivamente sorgono e rovinano, ad essere il fanale sempre vivo e splendido, che non si estingue per tempo, nè per lontananza, ed al quale mirino tutti i popoli in tutti i tempi.

Non è dunque a farsi le meraviglie, se a Roma si volge e si concentra il pensiero, che si fa ad interrogare il passato, se da Roma s' ispira l' intelligenza di coloro, che si travagliano per i destini futuri dell' umanità: sembrano questi presentire e avere la coscienza, che se fu Roma principale istrumento ed attrice della civiltà passata, così fia pure da Roma, che prenderà le sue mosse ogni ulteriore progresso dell' umanità.

La parola *studii* adoperata in quel senso, che lo è da noi presentemente, è d'un uso tutto moderno: ed era necessità, che così fosse; giacchè nei tempi antichi pria che si moltiplicassero i libri per il ritrovato della stampa e per quell'attività, onde con ogni secolo e per ogni novella civiltà inevitabilmente s' ingrossa il legato, che tramanda all' avvenire il passato, non potevasi nè dovevasi sentire il bisogno di dedurre a più facile ed a più breve lettura i prodotti sì scientifici che letterarii dell'umana intelligenza. Simiglianti lavori possono riuscire sommamente utili, quando senza falsare o far monco il pensiero d'un autore se ne riproducano esattamente le idee formolandole in un sistema più compatto, sceverandole di tutto quanto vi abbia di superfluo ed ozioso, o compiendolo altrimenti: possono essere per contrario nocivi inducendo il publico in errore e a leggerezza di studii, quante volte alcuno si persuade, che abbia fatto abbastanza per far conoscere un autore o il suo pensiero riproducendone alcuni singoli brani, o ripetendone le idee isolate e monche, che non abbiano nulla di connesso e sistematico, che anzi il

più delle volte scompagnate dall'insieme, in cui le incarnava il concepimento e la dialettica dell'autore, hanno tutt'altra espressione.

La storia moderna e letteraria Tedesca ci porge dei veri modelli, onde alcuno possa farsi interpretre verso il pubblico delle idee d'un autore. L'intelligenza Alemanna paziente ed indefessa nello sviluppo del pensiero proprio ed originale, si applica e concentra con eguale pazienza e penetrazione nello studio e nella considerazione delle idee altrui. I Francesi per contrario e per la facilità di concepire, e per l'impazienza di applicazione intellettiva incorrono il più delle volte nel mentovato difetto d'una inescusabile leggerezza. Noi abbiam creduto e ci auguriamo aver seguito l'esempio Tedesco, giacchè lungi dallo scomporre, riordinare ed esporre a capriccio il pensiero di E. Gans, ci siamo attenuti ad un suo lavoro speciale sul dritto Romano sceverandolo di tutto quanto ci è parso superfluo ed ozioso, riducendone alcuni brani a più facile intelligenza, e compiendone il sistema con idee improntate da altre opere del medesimo Autore: una semplice traduzione non ci avrebbe permesso tutto questo. Per un tal lavoro si presta particolarmente il nostro Autore, giacchè ammirabile è in lui ed in tutti i suoi lavori una forte sintesi e l'unità dei principii, sicchè nello svolgimento d'un pensiero, e nella esposizione di esso è facile compierlo colle idee, che il medesimo Autore trovasi avere espresse altrove.

SULLA SCOVERTA

DELLE ISTITUZIONI DI CAJO

IN RAPPORTO

COLLA SCIENZA DEL DRITTO ROMANO

A quel tempo

INTRODUZIONE

Coloro tutti, cui travaglia l'ansia del sapere, che hanno calda e poetica l'anima, che sdegnano i legami del presente, e cercano allargare e ripetere la propria esistenza in quella dei secoli che furono, sentono potentissimo il bisogno di visitare le contrade Italiane, di respirare anch'essi quelle aure, onde ispiraronsi i genii poetici dell'umanità, di passeggiare quei campi, che furono il teatro di tanti fatti stupendi, di tante vicende, e su quali accumularonsi i monumenti di molte civiltà. Quando l'uomo si eleva al di sopra del presente e del sensibile, quando vive la vita delle idee e spazia per l'incircoscritto e l'interminato di queste, si dilegua agli occhi suoi ogni differenza di tempo e di luogo, addiviene cittadino di quel luogo e di quel tempo, in cui quelle ebbero maggior vita e realtà, abbandona volontieri la patria dove sortì di nascere per vivere in quelle contrade, che meglio alle ispirazioni del suo genio ed ai battiti del proprio cuore rispondono. Così un giovine poeta d'Inghilterra stancava a nuoto le acque dell'Adriatico, e moriva guerreggiando sui poetici campi della Grecia: un altro sceglieva romita una stanza per sentire più da vicino l'eco degli armonici canti del Tasso, e finiva travolto nelle onde del Tirreno. E Niebuhr spinto dalle tendenze del suo genio scendeva più volte in Italia, facevasi spettatore di quella Roma, che imaginando vide sorgere e grandire; visitava da vicino le contrade, ch'egli colla forza e colla vivacità del suo pensiero aveva popolate degli antichi popoli, scuoteva la polvere degli annali, sui quali l'umanità ha tanto a deplorare ed a gloriarsi. In queste indefesse ricerche scuopriva le Istituzioni di Cajo.

Digitized by Google

Alcuni saranno forse inchinevoli a considerare un tal fatto come al tutto fortuito e fenomenico; ma per noi è tanto fortuito e fenomenico quanto poco lo è la discesa dei popoli Tedeschi in Italia, lo scontro della civiltà Latina colla vita giovine e non usata dei popoli Germanici. Ed in vero ogni novella civiltà si costituisce essenzialmente di due elementi, dell'antico, che sta come punto fermo e di stabilità, sul quale si appoggia ogni ulteriore progresso dell'umanità, e dell'elemento giovine, che fa tesoro della tradizione, e si giova di essa per il lavoro d'una novella civiltà. Ciascuno di questi elementi è essenzialmente necessario all'altro, giacchè il primo invecchiando e dissolvendosi si stagnerebbe; rimarrebbe l'altro barbaro e feroce. L'Italia e la Germania rappresentano ciascuna questi due elementi. Come la bionda e bianca fisonomia Germanica si fa più bella colorita del rosso e del vermiglio dell'incarnato Italiano, come il genio metafisico Tedesco ha bisogno di essere temperato collo storico ed artistico Italiano, così il pensiero fresco e vergine Alemanno abbisognava dell'esperienza e de' tesori dell'antica civiltà. E questo temperamento avveniva anche in dritto, quando da una parte Vico fecondava i materiali del passato con le idee metafisiche moderne, e dall'altra la scuola Germanica di dritto facevasi *storica*. E perchè è proprio dei grandi presentire in qualche modo i futuri destini dell'umanità, così Tacito sin dall'età cadente dell'Impero Romano descriveva la Germania, additava questa come l'istrumento, onde potevasi ringiovinire la vecchia civiltà, faceva anticipatamente conoscere agl'Italiani i popoli coi quali avevano un giorno a scontrarsi guerreggiando e battagliando per poi correre di concerto un medesimo sentiero. Reca meraviglia dunque se i più grandi pensatori della Germania sentino il bisogno di farsi in qualche modo Italiani, di spendere le forze d'un pensiero giovine e non usato sui tesori della civiltà Italiana, se questa è tradizione per essi, se forma questa il loro passato? Reca meraviglia che il genio profondo di Niebuhr, che vide sì chiaro nella storia Romana, scoprisse un lavoro di

dritto, che fu il principale elemento della vita Romana? Nè questa scoverta può essere in alcun modo offensiva per l'amor proprio degl'Italiani, giacchè la civiltà moderna non procede per vie parziali ed esclusive, ma è forte del concorso di tutte le nazioni; è ricca dei tesori della storia di ciascun popolo. I Greci consideravano come barbari le genti straniere: un austero Romano parlava in Senato contro lo studio e l'introduzione delle arti e delle lettere Greche: un Maomettano ordinava, che si bruciasse tutt'altro libro, che non fosse il Corano. Ma i tempi cambiano e con essi le idee ed i sentimenti. Un fiero Romano dello stesso nome dell'antico patriota legge in Utica il Fedone: la Grecia rifugge in quella Europa un tempo barbara per essa, unico scampo contro il popolo invasore e nemico della sua religione, e dei tesori dell'antica civiltà: l'Indiano istesso si scuote dal suo letargo vedendo veleggiare e fumare da lontano i legni Brittanici: diversi popoli di differenti contrade si scontrano e si conoscono nelle Crociate, pugnano e cadono alla rinfusa: Dante confonde in un medesimo luogo cittadini differenti per tempo e patria: e Vico infine formolava a sistema questa idea di sentimento umanitario. La moderna civiltà dunque è un edificio su cui ciascun popolo getta la sua pietra, è un lavoro, che si avvantaggia di tutti gli sforzi, d'ogni tradizione, d'ogni capacità naturale, di tutti i ritrovati: sicchè gl'Italiani si farebbero colpevoli ed indegni de'loro antenati solo quando non traessero da una tale scoverta quel vantaggio, che per l'intelligenza del passato e della storia della civiltà possono trarne i moderni.

Facendo astrazione dai vantaggi generali, onde è fecondo lo studio del dritto Romano, la scoverta d'un classico antico può essere utile sotto un doppio rapporto, e per la maniera propria e tutta individuale ond'egli può trattare e svolgere la materia in cui versa, come pure per le nuove notizie e conoscenze e per la novella luce che può spargere su essa. Solo obbietto del presente lavoro si è di rilevare quei punti principali, nei quali la nostra conoscenza del dritto Romano si è avvantaggiato con questa nuova scoverta.

I.

Sulle fonti del dritto Romano.

Sebbene il dritto considerato astrattamente abbia una origine ed un principio unico ed assoluto, pure quando si attua come dritto d'un'epoca e d'un popolo, perchè dipende da tutte le condizioni storiche dell'uno e dell'altra, emana per organi diversi, e prende forme e manifestazioni varie e conformi allo spirito di esse. Per questo intimo rapporto fra la vita intima d'un popolo ed il dritto positivo di esso, fra questo e gli organi esterni onde si manifesta, i più ingegnosi ed intelligenti che si fecero a trattare del dritto Romano, crederono essenziale investigarne avanti tutto le fonti e gli organi, per i quali ebbe vita e realtà. Una tale investigazione non riesce difficile quantunque volte vi abbia unità di poteri, o sieno questi armonicamente distinti, sicchè la storia di essi succedendosi pacatamente ed uniformemente è facile intravedere l'origine ed il principio di ciascuna legge: ma nella storia Romana in cui la moltiplicità e la lotta dei partiti, il tumulto, che non si scompagna da una vita agitata e guerriera, ed i cambiamenti rapidi e violenti, onde si avvicenda la storia di Roma, rendono oltremodo difficile e malagevole lo studio della genesi e del processo d'ogni fatto storico in generale e di quelli del dritto in particolare. Per questo studio però non vi ha difetto di materiali nè di testimonianze storiche. Quando al tumulto della esistenza pubblica tenne dietro il silenzio e la quiete della vita privata, quella stessa forza che fece il sublime degli eroi Romani, e rese invincibili le schiere dello republica, dettò i libri e le sentenze dei più grandi giureconsulti, che ricordi la storia. E questi non lasciano nulla a desiderare di testimonianze e pruove storiche nella ricerca delle fonti del dritto Romano (1). È ormai indubitato, in che dif-

(1) § 3. *T. l. c. l 7. D. de just. et jur.* (1. 1.) *Cicero, To.*

ferissero il *jus gentium* dal *jus civile*, quale importanza ed espressione avesse il dritto Pretorio nella storia del dritto Romano, quale processo tenevasi nelle determinazioni popolari, da qual momento ebbero forza legislativa. Ciascuno di questi fatti è sì intimamente incarnato nella storia di Roma, che ne forma un elemento, ed accenna ad uno dei periodi di essa. Non havvi però la medesima certezza sulla importante quistione da qual tempo i Senatoconsulti ebbero forza legislativa: e le opinioni dei moderni ([1]) furono diverse, come pure discordanti sono a tal proposito le testimonianze degli antichi scrittori; giacchè alcuni ritengono per indubitato ([2]), che i Senatoconsulti non abbiano avuta forza legislativa prima del tempo di Tiberio, abbisognandovi avanti tutto che fossero confermati nei Comizii perchè valessero come altrettante leggi; mentre altri ([3]) sostengono l'opinione contraria, ed avvisano che i Senatoconsulti furono una fonte di dritto anche al tempo della repubblica, giacchè molto prima di Tiberio occorrono Senatoconsulti sulle materie di dritto privato, e particolarmente il *S. L. Silenianum*. È necessario avanti tutto far considerazione, che in una tale quistione importa moltissimo il distinguere quello che intendesi investigare, se i Senatoconsulti cioè sieno stati semplice fonte del dritto al tempo della republica, o abbiano avuto anche forza di legge. Di quanta importanza sia una tale distinzione basta a pruovarlo il dritto Pretorio. A tutti è noto qual parte essenziale questo rappresenti nella storia del dritto Romano, co-

pica, *cap.* 5. — *Theophilus*, *ad l. c. I. D. de orig. juris*, (I. 2.).

([1]) Hugo, *Storia del dritto*, p. 293. — Bach., *Histor. juris* p. 203.

([2]) *Dion. D'Alicarnis.* lib. VII. p. 448 — *Polibio*, lib. VI. p. 462. — *Taciti*, *Ann.* 1. 15. « *Tum primum e campo comitia ad patres translata sunt* ». *Dion. Cassio*, lib. 52, p 485.

([3]) *Cicero*, *Topica*, *c.* 5. « *Ut si quis jus civile dicat id esse, quod in legibus, senatusconsultis rebus judicatis, jurisperitorum auctoritate, edictis magistratum etc. consistat* » — *Theophilus*, *ad* I. 1. 11. §. 5. — *Pomponius*, *l.* 2. §. 9. *de origin. juris.* — *Oratius*, *Ep.* 1. 16.

m'esso esprima l'elemento umanitario in opposizione dell'elemento civile Romano, sia l'anello, per il quale il dritto Romano si connette con quello dell'umanità, ch'esso in fine pone le basi del dritto posteriore Romano; e pure non ebbe per se stesso ed immediatamente forza di legge. Sicchè quando si dimanda, se i Senatoconsulti sieno stati una fonte del dritto al tempo della republica non potrebbesi affermare il contrario; la loro ezistenza istessa e l'importanza del Senato ne fa pruova. Ma da qual tempo ebbero forza legislativa? Non vi ha alcuna legge che riconosca loro un tale carattere, mentre per contrario ne' plebisciti è detto: « *et ita factum est*, *ut inter plebiscita et legem species constituendi interessent*, *potestas autem eadem est* »; e certamente non sarebbesi mancato di affermare il medesimo dei Senatoconsulti, quando ciò fosse stato. Un tal cambiamento dovette avvenire nei tempi posteriori alla republica; quando più difficili e rari addivennero i Comizii, che confermavano le determinazioni del Senato: « *quia difficile plebs convenire coepit*, *populus certo multo difficilius in tanta turba hominum necessitas ipsa curam reipublicae ad Senatum deduxit* ».

Questa opinione è confermata dalle seguenti parole di Cajo.

Comm. I. ℣. 4.

« *Senatusconsultum est*, *quod Senatus jubet atque consisterit*, *idque legis vicem obtinet*, *quamvis fuit quaesitum* ».

E perchè le ultime parole *quamvis fuit quaesitum* non accennano alla lotta dei partiti ma alle diverse opinioni delle due scuole dei Sabiniani e dei Proculejani, ne segue, che anche al tempo di queste la consuetudine per la quale in difetto di legge espressa i Senatoconsulti prendevano forza legislativa, non era ancora addivenuta un fatto certo ed indubitato.

Sul *jus honorarium* e particolarmente l'antica quistione, se l'*Edictum perpetuum* costituisse sotto Adriano un Codice, che fosse coi precedenti Editti Pretorii nel medesimo rapporto che le Pandette cogli scritti dei giuristi, o pure fosse un semplice lavoro privato

assentito dall' Imperadore senza che arrestasse il movimento della legislazione Pretoria ([1]), sembra decisa a favore di quest' ultima opinione colle parole: « *jus autem edicendi habent magistratus populi Romani — Quaestores non mittuntur: id Edictum in provinciis non proponitur* ».

Le nostre conoscenze per contrario non si avvantaggiano in menomo modo colla scoverta delle Istituzioni di Cajo sulle quistioni, che riguardano i *responsa prudentum*, la distinzione del *jus scriptum* e *non scriptum*, che ritenevasi communemente di origine Greca ([2]), senza che un tal difetto fosse un gran danno, giacchè le notizie e le conoscenze, che ci vennero a tal proposito per altri scrittori, sodisfano abbastanza ai bisogni della scienza.

II.

Sui liberti e sulle manomissioni.

Il dualismo, che è il principio al quale s' intreccia tutta intera la storia Romana, e ne forma per così dire il segreto e l' intelligenza, si riflette anche nella condizione degli abitanti di Roma, e pone la doppia distinzione di cittadini liberi e schiavi: sono quelli l'elemento tutto Romano, questi per contrario, per quanto potesse parere strana una tale asserzione, rappresentano l' elemento umanitario che s' insinua nell' organismo Romano; giacchè la schiavitù è la porta per la quale si entra nella città sovrana, è l' addentellato, per il quale Roma si connette col resto dell'umanità. Nè devonsi fare le meraviglie che un tale elemento si manifesti sotto la forma della schiavitù, giacchè nei tempi di barbarie, quando sola ed unica legge è la forza, non vi è altro rapporto fra i popoli barbari, che la guerra, e questa genera la schiavitù. Ma l' opposizione

([1]) Hugo, *storia del dritto Romano*, p. 568.
([2]) « *Nam origo ejus ab institutis duarum civitatum Athenarum et Laudemoniorum fluxisse videtur* ».

e la contradizione non durano a lungo, quando le parti contradicentisi si vedono e scontrano da vicino, vivono fra le medesime mura: e molto meno lo potevano in Roma, giacchè questa estendendosi esternamente sentiva il bisogno di allargarsi internamente. Il mezzo di conciliazione fra gli elementi opposti, quello onde si feconda e s' ingrossa la popolazione Romana, era la manomissione, e coloro, sui quali esercitavasi, addimandavansi liberti.

Come la storia Romana comincia dalla unità così pure non fuvvi sulle prime, che una sola generazione di liberti, i quali avevano eguaglianza di dritti privati e politici [1], e passavano dalla schiavitù alla libertà in un triplice modo, per *vindicta*, che seguiva davanti un magistrato e così detta secondo un' antica tradizione dal fatto d' un schiavo, che mise a chiaro le trame dei Tarquinii in Roma [2], *censu*, quando uno schiavo era iscritto sulle tavole di censimento, *testamento*, giacchè era conseguente, che l' assoluto arbitrio di testare importasse anche una illimitata facoltà di affrancare. L' inosservanza d' una di queste forme produceva la nullità della manomissione, ed il manomesso rimaneva schiavo. Ma un principio che informa una società si riflette nei generali non solo, ma in tutti i particolari di essa. Onde il dualismo, che sostituisce ben tosto il principio di unità nel processo della storia Romana, e che si manifesta come dritto civile e dritto Pretorio, come proprietà *in bonis*, e proprietà *ex jure Quiritium* ecc. pone anche delle differenze nella condizione dei liberti, sicchè vi si distinguono quelli manomessi per dritto civile, e che pareggiano interamente i Romani liberi, e quelli per dritto Pretorio, dei quali è detto *in libertate morari*, quelli che posseduti *ex jure Quiritium* si elevano alla condizione di liberi cittadini Romani, e gli altri, che lo erano *in bonis*, e che diventano *liberti Latini*.

(1) §. 3. *I. de libert* (1. 5.) « *Quia et a primis urbis Romanae cunabulis una atque simplex libertas competebat, id est eadem, quam habebat manumissor* ».
(2) Livio, II. 5.

Il numero e la libertà delle manomissioni crebbero, mentre fu Roma guerriera e conquistatrice, e finchè questa abbisognò d'un semenzajo d'uomini per versarli sui campi di battaglia, o per tradurli in colonie nelle province conquistate. Ma col cessare d'un tale bisogno furono imposte delle limitazioni all'arbitrio illimitato di manomettere, e principali fra queste furono: la *lex Aelia Sentia*, la quale ordinava, che nessuno schiavo, che avesse men di 30 anni potesse per manomissione addivenire cittadino Romano, quante volte non fosse stato affrancato per *vindicta* o *causa probata*. Nel caso che a ciò non adempivasi rimaneva schiavo, sebbene il Pretore lo esentasse dai servizj, ch'erano proprj d'un tale stato. A questa limitazione relativa alla persona del liberto, un'altra fu imposta colla medesima legge all'arbitrio del padrone, al quale non permettevasi affrancare che colle medesime condizioni quante volte avesso meno di 20 anni. Oltre di queste limitazioni la condizione civile di alcuni liberti peggiorò moltissimo per la *lex Aelia Sentia*. Gli schiavi, che per alcuni delitti furono soggetti a certe determinate pene [1], non potevano elevarsi che alla condizione di peregrini (*deditiorum numero sunt*) da chiunque ed in qualunque modo fossero stati affrancati. A questi era negata per sempre la cittadinanza Romana [2].

2) La *lex Furia Canina* relativa al numero dei liberti disponeva, che di 3 schiavi non potessero affrancarsi più di 2, da 10 — 30, un terzo, da 30-100 un quarto, da 100 — 500 un quinto.

È da osservare, che come la condizione dell'Imperadore forma un'eccezione perenne in tutto il

[1] Svetonio, *Aug.* cap. 40. — Ulp. I. §. 11. « *Deditiorum numero sunt, qui poenae causa vincti sunt a domino: quibusve stigmata scripta fuerunt, qui propter noxam torti, nocentesque inventi sunt quivi traditi sunt, ut ferro, aut cum bestiis depugnarent, vel in custodiam conjecti fuerunt* ».

[2] §. 3. I. *de lib.* (I. 5.) *Epitome*, I. §. 5. « *Dedititii vero nulla ratione possunt ad Romanorum libertorum beneficio pervenire*— *Isid. Orig.* IX. 4. *ad dignitatem civium Romanorum non perveniunt* ».

periodo della storia Imperiale Romana, è tale anche rispettivamente alla facoltà di manomettere, giacchè fu determinazione di Augusto, che quante volte l'Imperadore manometteva per *vindicta*, non fosse tenuto alla osservanza delle altre formalità, e che bastava, che la sua volontà fosse stata dichiarata, perchè si traducesse in atto ([1]).

Ma i vizi d'un governo dissoluto e le contese dei pretendenti e degli usurpatori del trono rendendo ogni dì necessarie novelle risorse, vennero da una parte rimosse le antiche limitazioni, dall'altra moltiplicaronsi le possibilità delle manomissioni, perchè crescendo il numero dei cittadini s'ingrossasse quello dei sudditi, che pagavano il testatico. Deesi però riconoscere, che molti Imperadori determinaronvisi per il predominio sempre più crescente ed irresistibile delle idee Cristiane.

È quì da fare speciale menzione della *lex Junia Norbana*, donde coloro, che ne furono favoriti addimandaronsi liberti *Latini Juniani*; dell'Editto di Claudio, il quale dispose, che un servo abbandonato senza soccorsi addiveniva *ipso jure Latinus* ([2]): della *lex Visellia*, per la quale elevavasi al dritto dei Quiriti lo schiavo, che avesse guerreggiato per 6 anni ([3]), il quale termine fu poi ridotto a tre. Una tale disposizione venne in seguito applicata anche a colui, che possedesse una barca d'una determinata grandezza occupata per 6 anni a fornire Roma di frumento ([4]): o pure avesse innalzato un edificio, onde abbellivasi la città Sovrana ([5]). Libero addiveniva *ipso jure*, secondo il *S. C. Silenianum* lo schiavo, al quale riusciva scoprire gli assassini del suo padrone ([6]), o per

([1]) L. 14. *de manum. vind.* (40. 2.) « *Imperador cum servum manumittit non vindictam imponit, sed cum voluit, sit liberus is, qui manumittitur ex Lege Augusti* ».
([2]) Ulp. III. §. 5.
([3]) Ulp. *eodem.*
([4]) Idem III. §. 6.
([5]) Idem III. §. 1. *aedificio.*
([6]) *L. 4. D. de bon. liber.* (38. 2).

costituzione di Costantino denunziare coloro che fabbricavano false monete [1], o i soldati disertori [2]. A molti altri casi si estese la possibilità dell' affrancazione, finchè Giustiniano abolì qualunque differenza di *dedititii* e *Latini* [3], e le limitazioni provenienti dalla *lex Aelia Sentia* e *Furia Canina* [4].

La scoverta di Caio nulla aggiunge a quello che ci era noto sul processo e sulle vicende della schiavitù nella storia Romana. La scienza non ha nulla a modificare o a cambiare: voglionsi soltanto rilevare le seguenti particolari notizie.

1) I *dedititii* per *lex Aelia Sentia*, non potevano stanziare nè in Roma nè nei termini del centesimo *milliarium* dalla città; e quando a ciò non adempivasi, addivenivano *servi populi Romani*.

COMM. I. §. 27.

» *Quin et in urbe Roma, vel intra centesimum urbis Romae milliarium morari prohibentur, et si contra fecerint etc. ipsi bonaque eorum publice venire jubentur ex conditione, ut ne in urbe Roma, vel intra centesimum urbis Romae milliarium serviant, neque umquam manumittantur, et si manumissi fuerint servi populi Romani esse jubentur, et haec ita lege Aelia Sentia . . . sunt.* »

2) Le antiche fonti ci davano a conoscere, che al *dedititius* non riconoscevasi la capacità di far testamenti, nè quella di essere istituito erede [5]. Sarebbe naturale il presumere, che una tale incapacità fosse espressamente confermata nella *lex Aelia Sentia*. Tutt' altro ci è detto da Cajo; la legge è muta

(1) l. 2. *pro quib. caus.* (7. 13.) « *ut eorum domini pretium a fisco percipiant* ».
(2) l. 4. h. t.
(3) Tit. *Cod. de dedit. lib. tollenda* (7. 5.) — Tit. *Cod. de lat. libert. tollenda* (7. 6.).
(4) Tit. I. *de leg. Furia tollenda.* (I. 7.).
(5) Ulp. XX. §. 14. « *Is autem qui dedititiorum numero est, quoniam nec quasi civis Romanus testari potest, cum sit peregrinus nec quasi peregrinus, quoniam nullius quasi certae civitatis civis est, ut adversus leges civitatis suae testetur* ».

a tal proposito, e la sola interpetrazione dei giuristi appose allo spirito di essa una tale applicazione :

COMM. III. §. 75.

» *Nam eorum bona, qui si in aliquo vitio non essent, manomissi cives Romani futuri essent, quasi civium Romanorum patronis eadem lege tribuuntur. Non tamen hi habent etiam testamenti factionem secundum quod plerisque placuit, nec immerita, nam incredibile videbatur pessimae conditionis hominibus voluisse legis latorem testamenti faciundi jus concedere.* »

3) Importante è la osservazione di Cajo sulla *lex Aelia Sentia*, trovando pur troppo strano, che mentre questa riconosceva al minore di XX anni un assoluto arbitrio di testare, limitasse poi la sua facoltà di manomettere :

COMM. I. §. 40.

» *Cum ergo certus modus manumittendi minoribus* XX *annorum dominis per Legem Aeliam Sentiam constitutus sit, evenit, ut qui* XIV *annos aetatis expleverit, licet testamentum facere possit, et in eo heredem sibi instituere legataque relinquere possit, tamen si adhuc minor sit annorum* XX, *libertatem servo dare non possit.* »

4) Da Cajo ci viene la conoscenza d'un novello *Senatusconsultum Pegasianum* distinto da quello relativo ai fedecommessi. Così addimandavasi quel Senatoconsulto, col quale permettevasi ai *majoribus triginta annorum Latinis factis* il beneficio di acquistare la cittadinanza Romana aventi un figlio di un anno :

COMM. I. §. 31.

» *Tamen postea Senatusconsulto, quod Pegaso et Pusione consulibus factum est, etiam majoribus triginta annorum manumissi Latinis factis concessum est.* »

Dal medesimo autore ci è fatto noto, che questo stesso Senatoconsulto dava alla madre la capacità di addivenire cittadina Romana, quando morto il marito Latino ne aveva un figlio d'un anno :

COMM. I. §. 32.

» . . . *Si ante decesserit Latinus , quam anniculi filii causam probaret , potest mater ejus causam probare et sic et ipsa fiet civis Romana . . . .*

5) Ci era noto sulle prime per altre fonti ch' era vietato manomettere gli schiavi , *confuse* in un testamento *in fraudem Legis Furiae Caniniae.* Da Cajo ci viene la notizia , che un tale divieto non proveniva da questa stessa legge , ma da un Senatoconsulto posteriore :

COMM. I. §. 47.

» *Sunt enim specialia Senatusconsulta, quibus rescissa sunt ea , quae in fraudem ejus legis excogitata sunt.* »

Non crediamo interessante per la scienza far menzione di alcuni altri particolari , e quello che leggesi in Cajo sulla potestà del padrone sullo schiavo non aggiunge nulla di nuovo , perchè meritasse una speciale considerazione.

III.

Della patria potestà.

I Romani ebbero quasi coscienza della specialità e del carattere particolare della loro patria potestà affermando : « *jus autem potestatis quod in liberos habemus proprium est civium Romanorum* , NULLI ENIM ALII SUNT HOMINES , *qui talem in liberos habent potestatem ;* e da Cajo ci è detto , che l'Imperadore Adriano ne faceva avvertiti con un suo Editto coloro , che richiedevano per se e per i loro figli la cittadinanza Romana :

COMM. I. §. 55.

» *Idque divus Hadrianus edicto quod proposuit de his , qui sibi liberisque suis ab eo civitatem Romanam petebant , significavit.* »

Per il carattere al tutto speciale ed esclusivamente Romano d' una simigliante patria potestà , era pur

BIBLIOTECA NAZIONALE ROMA

conseguente, ch'essa non potesse originarsi che fra Romani, e per una forma di matrimonio speciale Romana, detta *connubium*, cui la *lex Canuleja* rese generale a tutti i cittadini Romani. E però sebbene alcune volte ammettevansi al *connubium* per eccezione anche i *Latini* ed i *peregrini* non perciò acquistavano questi la patria potestà, giacchè non essendo Romani non accomunavasi loro una istituzione al tutto Romana. Ciò era pure possibile, ma come una eccezione alla regola generale:

COMM. I. §. 93.

» *Si peregrinus . . . non aliter in potestate ejus fiunt, quam si eos in potestate redegerit, quod ita demum is facit, si causa cognita aestimaverit hoc filiis expedire: diligentius atque exactius vero causam cognoscit de impuberibns absentisque, et haec ita edicto divi Hadriani significantur.* »

Il *connubium* e la cittadinanza Romana erano dunque le due condizioni necessarie per la patria potestà, sicchè quando pure vi fosse stato il *connubium* tra un Romano ed una *Latina* o una *peregrina*, sebbene il figlio addivenisse Romano, non perciò eravi patria potestà, purchè la madre non avesse acquistata la cittadinanza Romana almeno al tempo del concepimento:

COMM. I. §. 94.

» *Item si quis cum uxore pregnante civitate Romana donatus sit, quamvis is qui nascitur ut supra diximus Romanus sit, tamen in potestate patris non sit: idque subscriptione divi Hadriani significatur: qua de causa qui intelligit uxorem suam esse praegnantem, dum civitatem sibi et uxori ab Imperatore petit, simul ab eodem petere debet ut cum qui natus erit in potestate sua habeat.*

In difetto del *connubium* il figlio seguiva la condizione della madre: sebbene una tale regola, che volevasi improntata dal *jus gentium*, fosse stata posteriormente modificata dalla *Lex Mensia* e dal *S.*

C. Claudianum: di questo non conoscevasi altro se non che riduceva a schiavitù la Romana, la quale *invito et denuntiante domino* abbandonavasi fra le braccia d' uno schiavo *in contubernio*. Nè anche sospettavasi, che vi fosse una determinazione generale sul rapporto d'una Romana libera con uno schiavo: ci è fatta conoscere da Cajo, il quale la novera fra le leggi che limitavano il principio, che il figlio seguiva la condizione della madre. Secondo un tale Senaconsulto permettevasi la convenzione fra una donna libera ed il padrone dello schiavo, ch' essa rimarrebbe libera ma schiavi i figli:

COMM. I. §. 85.

» *Veluti ex Senatoconsulto Claudiano poterit civis Romana, quae alieno servo volente domino ejus coisset, ipsa ex pactione libera permanere, sed servum procreare; nam quod inter eam et dominum istius servi convenerit, ex senatusconsulto ratum esse jubetur.* »

Col medesimo Senatoconsulto permettevasi, che quando un uomo libero viveva in *contubernio* con una schiava altrui, ch' egli credeva libera, seguissero i figli maschi la condizione del padre, ne addivenissero le femmine schiave:

COMM. I. §. 85.

« *Ex ancilla et libero poterant liberi nasci: nam ex lege cavetur: ut si quis cum aliena ancilla, quam credebat liberam esse coierit, siquidem masculi nascantur liberi sint, si vero feminae, ad eum pertineant, cujus mater ancilla fuerit.* »

Ma nei momenti di transazione e di contrasto, quando vi ha da una parte il lavoro delle novelle idee, che cercano prendere forma e costituzione, e dall'altra l'opposizione delle idee antiche, che si sostengono per le abitudini e per gl' interessi che crearono, e per quelle forza che ha il passato per il solo fatto della sua esistenza, non può attendersi quella stabilità di principii e quel movimento logico e conseguente di questi, il quale è proprio d'una civiltà progressiva e compatta. Ed un tale fenomeno ci porge appunto

l'epoca Imperiale della storia Romana, giacchè alla varietà de' principii e delle idee risponde quella delle opinioni e delle credenze, e le costituzioni e le leggi d'un Imperadore sono sostituite da quelle del suo immediato successore cambiandosi e modificandosi a seconda delle idee e delle credenze individuali dei governanti. Tanta varietà e mutabilità, che è vera per la storia Romana Imperiale in generale, e per quella più particolare della legislazione, è pure osservabile nelle dottrina delle patria potestà. Dalle determinazioni della *Lex Mensia* e del Senatoconsulto Claudiano si fa quasi ritorno alla regola del *jus gentium*, secondo cui il figlio in difetto del *connubii* seguiva la condizione delle madre. L'Imperadore Adriano non ammette la convenzione, che una Romana vivente *in contubernio* con un schiavo resti libera, ma cadano i figli in ischiavitù.

COMM. I. §. 84.

« *Sed postea divus Adrianus iniquitate rei et inelegantia juris motus restituit juris gentium regulam, ut cum ipsa mulier libera permaneat, liberum pareat.* »

E tempo prima Vespasiano aveva già abolito la regola, che i figli maschi nati da un *contubernio* d'un uomo libero con una schiava fossero anch'essi liberi.

COMM. I. §. 85.

« *Sed et in hac specie divus Vespasianus inelegantia juris motus restituit juris gentium regulam, ut omni modo, etiansi maschuli nascantur, servi sint ejus cujus et mater fuit.* »

Di tutte le limitazioni rimane sola quella, che la donna libera, che scientemente viva in *conturbernio* come una schiavo, non cada essa stessa in ischiavitù, ma sì bene i figli:

COMM. I. §. 86.

« *Sed illa pars ejusdem legis salva est, ut ex libera et servo alieno, quem sciebat servum esse, servi nascantur.* »

Momenti principali dell'esposta dottrina sono, che ogni patria potestà suppone il *connubium* e la cittadi-

nanza Romana, entrambe al tempo del concepimento. In difetto di ciascuna di queste condizioni manca la possibilità della patria potestà, ed il figlio segue la condizione della madre secondo la regola del *jus gentium*. Una tale regola patisce però delle limitazioni mediante la *Lex Mensia* ed il *S. C. Claudianum*, sebbene in seguito per ordinamenti degl' Imperadori posteriori si facesse ritorno alla *regula juris gentium*.

È da osservare, che per cambiamenti posteriori, che potevano intervenire nel periodo fra il concepimento e la nascita non mutava il dritto, che il figlio riconosceva dal suo concepimento:

COMM. I. §. 90.

« *Itaque si cui mulieri* PRAEGNANTI *aqua et ignis interdictum fuerit, eoque modo peregrina fiat, et tunc pariat, complures distinquunt, et putant, si quidem ex justis nuptiis conceperit, civem Romanum ex ea nasci, si vero vulgo conceperit, peregrinum ex ea nasci.* »

Nei tempi posteriori e nel dritto Giustinianeo per l' influenza sempre più crescente, ch' esercitavano sulla legislazione le idee Cristiane, fu accolto il principio, che bastava che la madre schiava fosse stata un sol momento libera durante il concepimento, perchè il figlio nascituro fosse libero:

L. 5. D. DE STATU HOMINUM, *Marcianus* lib. I. INSTITUTIONUM.

« *Et e contrario si libera conceperit deinde ancilla pariat placuit eum, qui nascitur, liberum nasci. Nec interest justis nuptiis concepit an vulgo, quia non debet calamitas matris nocere ei, qui in ventre est.*

§. 3. *Ex hoc quaesitum est, si ancilla postea facta, aut expulsa civitate peperit, liberum an servum pariat?* ET TAMEN RECTIUS PROBATUM EST *liberum nasci, et sufficere ei qui in ventre est, liberam matrem vel medio tempore habuisse.* »

L' adozione è l' origine civile e mediata della patria potestà formolata sopra quella tutta naturale ed immediata del matrimonio. La scoverta di Cajo nulla cambia

in generale al sistema delle antiche conoscenze: crediamo solo interessanti le seguenti particolari notizie:

1) Caio ci fa conoscere come dubbio il principio, che le Pandette ci danno come certo, che l'adottante dovesse essere maggiore dell'adottato d'una intera pupertà.

Comm. I. §. 106.

« *Sed et illa quaestio an minor natu majorem natu adoptare possit, utriusque adoptionis communis est* ».

2) Conoscevasi per Ulpiano, che l'Imperadore Antonino aveva cambiata la regola dell'antico dritto, che i pupilli non potessero essere arrogati ([1]). Interamente nuova è la osservazione di Caio, che prima di questo Imperadore già dubitavasi d'una tale dottrina, e che questi ebbe solamente il vanto di determinare quello, che era incerto sulle prime.

Comm. I. §. 102.

« *Item impuberes apud populum adoptari aliquando prohibitum est, aliquando permissum est: nunc ex epistola optimi imperatoris Antonini, quam scripsit Pontificibus, si justa causa adoptionis esse videbitur, cum quibusdam condicionibus permittitur* ».

3) È da osservare, che le Pandette lasciano dire a Caio quanto segue:

L. 21. *de adopt* (I. 7.) *Cajus lib.* I. *regularum.*

« *Nam et foeminae ex rescripto principis adrogari possunt* ».

Appunto il contrario leggesi nelle Istituzioni di Cajo: ed era questa una conseguenza dell'antico dritto, quando per l'arrogazione richiedevasi la presentazione dell'arrogato davanti al popolo Romano raccolto nei comizii: il che non permettevasi alle donne Romane:

Comm. I. §. 101.

« *Item per populum foeminae non adoptantur nam id magis placuit.*

([1]) Ulp. VIII.

Nei tempi posteriori l' arrogazione delle donne fu permessa; ed un tale cambiamento era conseguente a quello dei tempi e delle condizioni sociali, giacchè se la ragione del divieto era stata l' impossibilità della presentazione delle donne davanti al popolo Romano, quando un *rescriptum principis* prese le veci dei comizii, sarebbe stato ridevole conservarne le conseguenze.

L' altro modo, onde originavasi la patria potestà Romana oltre del *connubio* e dell' adozione era la *erroris causa probatio*, di cui ci è fatta conoscere la natura e la estensione nel seguente frammento di Ulpiano.

VIII. §. 4.

« *In potestate parentum sunt etiam hi liberi, quorum causa probata est contracto matrimonio inter dispares conditiones personarum: nam seu civis Romanus Latinam aut peregrinam, vel eam quae deditiorum numero est, quasi per ignorantiam uxorem duxerit, sive civis Romana per errorem peregrino vel ei qui dedititiorum numero est, aut etiam quasi Latino ex lege Aelia Sentia nupta fuerit, causa probata civitas redditur tam liberis quam parentibus, praeter eos, qui dedititiorum numero sunt; et ex eo fiunt in potestate parentum liberi.*

Quello che ci è detto da Cajo a tal proposito niente altro aggiunge alla dottrina di Ulpiano. Egli novera alcuni casi speciali, e da questi ci è dato conchiudere, che condizioni dell' ammissibilità della *erroris causa probatio* erano l' errore ed un danno come conseguenza d' un tale errore, e che il beneficio estendevasene alle femmine non altrimenti che ai maschi.

COMM. I. §. 73.

« *Quaecumque et de filio esse diximus, et da filia dicta intelligemus* ».

Un Senato consulto fu quello, che introdusse una tale istituzione: è ancora dubbio a qual tempo fosse stato pronunziato, nè la scoverta di Cajo è decisiva per una tale quistione.

Cade quì l'acconcio di far rilevare l'errore di coloro, i quali videro nella posteriore *legitimatio per subsequens matrimonium* una imitazione dell'antica *erroris causa probatio*. Un tale giudizio occasionato dalla simiglianza di alcuni degli effetti di entrambe le istituzioni sconosce la natura dell'una e dell'altra. Obbietto principale della legittimazione Romana si era di ridurre sotto la patria potestà i figli che erano nati illegittimi: tutt'altro ed anche il matrimonio colla concubina era mezzo per un tale scopo: la *erroris causa probatio* per contrario non aveva per immediato obbietto la patria potestà, ma tendeva a far riparo ai danni, che erano conseguenza d'un errore: e quando fra questi danni vi era quello della perdita dalla patria potestà per difetto d'un giusto matrimonio vi provvedeva la *erroris causa probatio*. Che sia ciò vero, ne fa pruova il fatto, che quando il marito era un *dedititius* poteva in vero giovarsi della *erroris causa probatio*, ed otteneva in tal modo la cittadinanza Romana, senza che perciò acquistasse la patria potestà.

IV.

Sulla tutela.

L'istituzione della tutela presso i Romani era formolata sul sistema del dritto di successione, e ne era ragione intima e necessaria l'ordinamento civile della famiglia Romana, sebbene i giureconsulti ne dessero quella al tutto positiva: « *quia plerumque ubi successionis est emolumentum, ibi tutela onus esse debet* ».

Entrambe le istituzioni furono ordinate dalle leggi delle XII Tavole, avevano le medesime differenze, giacchè alla successione *ab intestato*, *testamentaria*, e *pubblica del fisco*, rispondeva la tutela testamentaria, la legittima, e la Pretoria; costituivano entrambe sì un dritto che un dovere per coloro, che vi erano chiamati, ed avevano forme categoriche e necessarie

nei testamenti. Cajo ci fa conoscere, che le opinioni degli antichi giuristi discordavano moltissimo sul numero e sulla varietà delle tutele:

COMM. I. §. 188.

« *Ex his apparet, quot sint species tutelarum: Si vero quaeramus in quot genera haec species deducantur, longa erit disputatio: nam de ea re valde veteres dubitaverunt, nos, qui diligentius hunc tractatum exsecuti sumus, et in edicti interpretatione, et in his libris, quos ex Quinto Mucio fecimus, hoc solum tantisper sufficit admonuisse quod quidam quinque genera esse dixerunt, ut Quintus Mucius, alii tria, ut servius Tullius, alii duo ut Labeo, alii tot genera esse crediderunt, quot etiam species essent* ».

L'avviso di Labeone sembra il più vero, e le due tutele sarebbero quelle sulle donne e sui minori, delle quali le altre tutte sono altrettante differenze. Presso un popolo essenzialmente guerriero e politico, in una civiltà, in cui l'uomo non aveva altra importanza, che come cittadino e soldato, non altra più degna occupazione, che quella delle armi e delle discussioni pubbliche nei comizii, era ben naturale che le donne per il loro carattere subbiettivo e per le loro tendenze domestiche incapaci a simili funzioni, fossero assoggettate alla tutela. Solo quando cessò il predominio dell'elemento civile, ed il Romano dal tumulto della pubblica vita fu condannato al silenzio ed alla quiete del vivere privato era pur conseguente che vi si rilevasse la condizione civile delle donne, come il Cristianesimo ne rilevava il loro carattere morale, e che ne cessasse la tutela non più giustificata dai bisogni e dalle condizioni del tempo.

Sulla origine delle diverse tutele, sui modi onde estinguevansi e sul loro rapporto non occorre nulla di nuovo nelle istituzioni di Cajo. Egli ci fa conoscere, che come per la istituzione di erede vi erano forme imperative e precise, *heredem esse jubeo*, *heres esto*, la inosservanza delle quali importava la nullità dell'atto, così pure per la nomina del tutore categori-

che erano le espressioni, *tutorem do, et tutorem esto* (¹). Decisiva è la scoverta di Cajo per la intelligenza di due istituzioni, sulle quali ventilaronsi le congetture e le opinioni le più svariate: sono queste la *optio tutoris*, e la *tutela fiduciaria*.

Sulla prima ci è dato a conoscere da Cajo, che non fosse altra cosa che una tutela testamentaria, che il *tutor optivus* differenziavasi dal testamentario solo in ciò, che questi era nominato direttamente dal marito, e quegli dalla moglie soggetta alla tutela, o da altro, al cui arbitrio o prudenza il defunto rimetteva una tale scelta. Era conseguente, che colui che aveva un illimitato arbitrio di assegnare col testamento un tutore alla moglie, potesse rimettere a lei medesima o ad altri una tale scelta.

Comm. I. §. 154.

« *Vocantur autem hi, qui nominatim testamento tutores dantur dativi, qui ex optione sumuntur optivi.* »

Il concetto della *tutela fiduciaria* non è quello, al quale sembrerebbero immediatamente accennare le parole istesse, ma si connette ad una istituzione al tutto Romana. Esso non poteva esser chiarito senza prima fissare il concetto della parola *mancipium*, che dubbio sulle prime venne determinato da Cajo (²). Lo stato di *mancipium* rispondeva alla schiavitù come la finzione alla realtà. Il *mancipium* riposava sulla *fiducia* che il compratore non userebbe del suo dritto di padrone nè di quello di patrono quante volte gli piacesse di manomettere: un tale padrone o patrono è detto *dominus fiduciarius*, *patronus fiduciarius*, e quando addiviene tutore è denominato *tutor fiduciarius*.

V.

Sulle cose e sui modi di acquistarle.

Quella medesima ragione, la quale rende le idee Ro-

(¹) *Comm.* II. §. 289.
(²) *Comm.* II. §. 60.

mane sulla propridtà al tutto estranee ai rapporti ed alle condizioni presenti, forma la loro importanza come espressione dei costumi e del carattere speciale della civiltà Romana. Le distinzioni in *res sacrae et religiosae* in *res mancipi et nec mancipi*, in *proprietà ex jure Quiritium et in bonis* mancarono interamente come istituzioni, e non interessano omai che la scienza ed il pensiero filosofico del passato.

Nei primi tempi i Romani a simiglianza di qualunque altro popolo non conoscevano che una sola proprietà. Ma bentosto il dualismo, che sostituisce il principio di unità in tutta la storia generale Romana, pone anche in quella della proprietà delle distinzioni che sono speciali e caratteristiche della natura d'una tale istituzione:

COMM. II. §. 40.

« *Sequitur ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium ita, ut dominus quisque sit, aut dominus non intelligatur. Quo jure etiam populus Romanus olim utebatur, aut enim ex jure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus: sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex jure Quiritium dominus, alius in jure habere.*

Erano sacre per i Romani le cose tutte consacrate agli Dei celesti, *religiosae* quelle dedicate agli Dei terreni.

COMM. II. §. 4.

« *Sacrae sunt, quae Diis superis consacratae sunt, religiosae quae diis manibus relictae sunt* ».

Sicchè un luogo addiveniva *locus religiosus* quando vi si sepelliva un morto col consenso di colui al quale si apparteneva: è perciò, che nelle province non era possibile alcun *locus religiosus*, giacchè il proprietario del terreno provinciale non avendone che l'usufrutto ed il possesso, spettandone la proprietà al popolo Romano o all'Imperadore, secondo che trattavasi di *praedia stipendiaria* o *tributaria*, perchè un luogo provinciale divenisse *religiosus*, vi abbisognava il consenso dell'uno o dell'altro.

COMM. II. §. 7.

« *Sed in pvovinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi Romani est vel Caesaris: nos autem possessionem tantum et usufructum habere videmur, utique tamen ejusmodi locus licet non sit religiosus pro religioso habetur . . . quod in provinciis non ex auctoritate populi Romani consecratum est, proprie sacrum non est . . . pro sacro habetur* ».

Molto più importante per il dritto e per i rapporti civili dei Romani era la distinzione delle *res mancipi* e *res nec mancipi*, sebbene le opinioni variassero moltissimo sugli attributi, che fissavano una tale differenza. Fu opinato che colle parole *res mancipi* si accennasse a quelle cose, che riuscivano facili a conoscere ed a distinguere: altri avvisano, che le *res mancipi* fossero in un rapporto immediato colla guerra e col bottino ([1]). La meno fondata è l'opinione di coloro, i quali pretendono, che le *res mancipi* fossero quelle, sulle quali avevasi una proprietà *ex jure Quiritium*, e che le *res nec mancipi* possedevansi sempre in *bonis* ([2]). Con più verità opinano coloro i quali scorsero una relazione fra le *res mancipi* e le cose pertinenti all'agricoltura del suolo Italiano, e con tutto quanto vi si rapporta, servitù, schiavi, *quadrupedes, quae dorso colloque domantur* ([3]): con questa opinione si accorderebbe anche quella ([4]), la quale pone la qualità delle *res mancipi* nel maggior valore delle cose, giacchè nel concetto Romano il terreno Italiano era qualche cosa di prezioso. Sarebbe pure afforzata dal testimonio di Cajo, il quale affermando che gli agnati d'una donna non potevano essere obbligati alla *auctoritas* nell'alienazione d'una *res mancipi* perchè colla

([1]) Hommel, *De orig. div. rerum in mancipi et nec mancipi*, p. 24.

([2]) È questa contradetta da Ulpiano e da Savigny sul *Jus Italicum* parte II. p. 66. 67. trad. Ital.

([3]) Meermann, *Diatriba antiquario juridica inaug. de reb. mancipi nec mancipi* p. 120.

([4]) Bynkershoek, *opera omnia*, O. I. p. 308.

vendita delle cose preziose non minuisse l'eredità, che potrebbe un giorno spettar loro, dice quanto segue:

COMM. I. §. 192.

« *Neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque aere alieno minus locuples ad eos haereditas perveniat* ».

Il fatto, dal quale furono tratti in errore coloro, che opinarono, che le *res mancipi* fossero soltanto quelle possedute *ex jure Quiritium*, si fu, che per la maggiore importanza e valore che davasi alle prime, richiedevansi per esse forme difficili ed al tutto Romane o Quiriti, perchè se ne avesse la piena proprietà *ex jure Quiritium*: le *res nec mancipi* per contrario non erano mai possedute in *bonis* bastando per trasferirne la proprietà qualunque modo naturale e non rigorosamente Romano; donde segue che le *res mancipi* addivenivano proprietà *ex jure Quiritium* quando erano acquistate con forme strettamente Romane: ma in difetto di queste possedevansi soltanto *in bonis*:

Ulp. FRAGM. XIX §. 3.

« *Mancipatio propria species alienationis est*, *et rerum mancipi* ».

COMM. II. §. 22.

« *Mancipi vero res sunt*, *quae per mancipationem ad alium transferuntur* ».

Una tale riflessione pone il passaggio alla trattazione dei modi, onde trasferivasi la proprietà.

Di questi il più antico fu indubitamente la *mancipatio*, il *jus nexi*. Quello che leggesi in Cajo sulle forme della mancipazione ci era già noto ([1]), come pure conoscevasi, che le cose mobili dovevano essere trasferite sul luogo, dove avveniva un tale contratto, perchè il compratore potesse egli stesso darvi di piglio, il che non richiedevasi nè riusciva possibile per le immobili. Per le cose tutte incorporali la mancipazione era applicabile soltanto per i *juribus praediorum rusticorum*, ch' erano pure le sole *res mancipi* fra una somigliante ragione di cose:

([1]) Boezio, *Ad Top. Cicer.* cap. 5. libro III. — Ulp. XIX. §. 3.

Comm. II. §. 29.

« *Rusticorum vero etiam mancipari possunt* ».

In luogo della mancipazione potettesi usare con uguale successo la *in jure cessio*.

Comm. II. §. 22.

« *Quod autem valet mancipatio, idem valet et in jure cessio* - II. §. 26. (*At si*) *neque mancipata neque in jure cessa sit res mancipi* ».

Non è dubbio, che la sua esistenza cominciò da tempi molto posteriori, giacchè supponeva ed imitava un processo di *vindicazione*, e compivasi in Roma davanti al Pretore, e nelle province alla presenza del Preside. Ma ci è fatto conoscere, che appunto per una tale complicazione e per l'intervento del Pretore o del Preside era la forma, che meno volentieri seguivasi:

Comm. II. §. 25.

« *Fere semper mancipationibus utimur, quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus hoc non est necesse cum majore difficultate apud Praetorem aut apud Praesidem provinciae quaerere* ».

Come la *in jure cessio* sostituì la mancipazione, così pure tenne le veci della tradizione per tutte le cose incorporali, per le quali riusciva questa impossibile, come per esempio, per tutte le servitù, per la *hereditas*, e per l'usufrutto [1].

Comm. II. §. 33.

« *Quod autem diximus usumfructum in jure cessionem tantum recipere, non est temere dictum, quamvis etiam per mancipatiotem constitui possit eo, quod in mancipanda proprietate detrahi potest: non enim ipse ususfructus mancipatus, sed cum in mancipanda proprietate deducatur, eo fit, ut apud alium ususfructus, apud alium proprietas sit* ».

Un terzo modo di acquistare la proprietà al tutto Romano ed *ex jure Quiritium* era la *usucapio*, che distinguesi dai due primi in ciò, ch'essa è unilaterale, si compie individualmente senza abbisognare d'un termine di corrispondenza. Sotto un tale rapporto può

[1] Comm. II. §. 28. — II. §. 30.

ritenersi come il più antico, giacchè non suppone alcuna proprietà nè alcun proprietario, da cui si acquisti. Su questa, come sulla *occupatio*, *alluvio*, *consolidatio*, *accessio* nulla di nuovo leggesi in Cajo, che non occorresse nelle Istituzioni e nelle Pandette. Vi si rilevano soltanto i seguenti particolari. Fin dal tempo di Cajo dubitavasi, se la *lex Julia*, che importava divieto di alienazione del *fundus dotalis* si limitasse ai soli *praedia Italica*, o si estendesse anche ai *praedia provincialia* (¹). Era pure controverso, se potesse acquistarsi il possesso per l'intermedia persona d'un procuratore:

COMM. II. §. 95.

« *Et hoc est quod dicitur per extraneam personam nihil adquiri posse . . . quaeritur anne . . . nobis adquiratur.*

È certo però, che potevasi acquistare qualunque altra cosa per il mezzo delle persone, che erano sotto potestà, le quali erano incapaci soltanto della *in re cessio*, giacchè essendo questa nell'apparenza un processo di vindicazione, sarebbe stato contraddittorio riconoscere la capacità di *vindicare* a chi era incapace di proprietà.

COMM. II. §. 96.

« *In summa sciendum est his qui in potestate, manu, mancipioque sunt, nihil in jure cedi posse, cum enim istarum personarum nihil suum esse possit conveniens est scilicet, ut nihil omnino in jure vindicare possint* ».

VI.

Il dritto di successione.

La successione ereditaria Romana costituisce un sistema, che si svolge armonicamente con tutta la storia di Roma, e segue il movimento di questa riflettendone le vicende ed i mutamenti: sicchè essa ha importanza piuttosto nel suo insieme, anzi che nei par-

(¹) *Comm.* II. §. 63.

Digitized by Google

ticolari, e la sua espressione è più politica e storica anzi che giuridica. Roma è patrizia ed aristocratica in prima, ma vi s'insinua bentosto l'elemento plebeo più largo ed umanitario: la fierezza dello spirito strettamente guerriero e politico è mitigata a mano a mano da quello delle arti, ed il rigore del *jus* civile viene temperato dalle idee più larghe ed umane del *jus gentium*, finchè questi elementi posteriori e di opposizione dopo lunghi anni di lotta e di contrasto predominano e trionfano nella storia Romana. Così pure la successione ereditaria è regolata sulle prime dal dritto civile, che ha forme categoriche e di rigore, essendo predominante il principio tutto civile della patria potestà e dell'agnazione: ma bentosto l'antico sistema strettamente Romano è sostituito da quello della successione Pretoria, più conforme allo spirito naturale della famiglia. Questo esiste sulle prime pacificamente col primo, muove appena una *querela*, finchè lo sostituisce interamente, e festeggia anch'esso il trionfo, col quale si chiudono le pagine della storia Romana. I nuovi particolari che leggonsi in Cajo hanno poca importanza storica quando non sieno incarnati nell'intero sistema della successione ereditaria, e questo appunto fu eseguito da E. Gans in un lavoro speciale [1], al quale rimettiamo il lettore, quante volte fosse vago studiare le vicende d'una istituzione riflettersi ed accompagnarsi con tutto il processo della storia Romana.

VII.

Dei contratti verbali letterali e consensuali.

In tutti i luoghi ed in tutti i tempi l'essenza d'ogni contratto è il concorso e l'accordo di due volontà sopra un obbietto giuridico, per quanto svariate ne sieno le forme rispondenti al genio ed al grado di civiltà di ciascun popolo. In ogni caso però la forma è sempre

[1] *Svolgimento del dritto di successione nella storia Romana.* Trad. *Ital.*

qualche cosa di accessorio, semplice mezzo, in cui si manifesti e determini questa unità tutta subbiettiva e fugace delle due volontà, testimonio esterno della esistenza di essa per l'avvenire. Ma questa astrazione che distingue i due elementi, il subbiettivo, ossia quello della volontà, e l'obbiettivo cioè la forma per poi ricongiungerli in un solo atto assegnando all'uno e all'altro quella parte ed importanza, che è propria di ciascuno, è un lavoro dell'intelligenza possibile soltanto in un grado di civiltà, in cui le menti sieno usate all'astrazione, e capaci di elevarsi dalla rappresentazione sensibile al concepimento astratto, di distinguere l'idea dalla forma, mentre per contrario nei primordii d'una civiltà gli uomini predominati più dal senso che dall'intelligenza tengono strettamente alle forme, e rappresentano tutto quanto vi ha di più spirituale con mezzi apparenti ed esterni confondendo questi con quello. Così pure nei primi tempi della civiltà Romana ad ogni rapporto di dritto erano assegnate forme speciali e categoriche, che lo spirito Romano confondeva col rapporto istesso, che anzi l'intero sistema di dritto non era che una rappresentazione drammatica, come lo pruova il testamento per *aes et libram* davanti ai Comizii, il matrimonio, e tutt'altro elemento della storia del dritto Romano. Questa stessa legge, la quale governa i primordii della civiltà di Roma, e si appalesa in tutte le manifestazioni di essa, ci da ragione delle due forme di contratti verbali e letterali, delle quali ci fu conservata la memoria dalla storia del dritto Romano, e che perchè tenevano strettamente allo spirito di quella civiltà mancarono bentosto, come è soggetto a mancare tutto quanto non si radica in una legge generale dell'umana natura, ma nelle condizioni locali d'un tempo e d'un luogo.

Per contratti verbali, dei quali solo essenziale ed importante era la stipulazione, intendevansi quelli, la cui validità dipendeva dalle forme vocali, con cui erano conchiusi:

« *In hac re olim talia verba tradita fuerunt: spondes? spondeo: fidepromittis? fidepromitto: fide-*

jubes? fidejubeo: dabis? dabeo: facies? faciam.

Quella distinzione però fra l'elemento strettamente Romano e quello delle genti, che pone il dualismo in tutta la storia del dritto Romano, crea anche quì una diversità di formole, giacchè Cajo ci fa conoscere, che la formola *dari spondes? spondeo*, espressa in lingua Latina, era la sola, di cui poteva valersi un Romano, mentre ammettevasi per un peregrino qualunque altra formola ed idioma [1]. Alle due persone contraenti si associavano pure altre persone, che dalla parte dello *stipulator* erano dette *adstipulator*, da quella del promittente *sponsor*, *fidepromissor*, *fidejussor*, ciascuna delle quali contraeva verso la parte principale contraria i medesimi obblighi e dritti. Queste figure secondarie rimanevano sempre come accessorie: esse non erano strettamente ligate dalla formola *dari spondes? spondeo:* ma valevano per esse anche quelle: *idem fides tua promittis? idem fidejubis?* nè potevano contrarre obblighi o dritti maggiori di quelli delle persone, per le quali intervenivano.

Comm. III. §. 117. 196.

» *Nam ut adstipulatoris ita et horum obligatio accessio est principalis obligationis.* »

È importante conoscere la ragione dell'intervento di queste persone secondarie, le quali non potrebbero considerarsi come testimoni, che attestassero un giorno il fatto o i particolari della stipulazione, giacchè contraendo esse pure i medesimi rapporti, mal potevano conservare quella imparzialità, che è un requisito essenziale per l'ufficio di testimone. La ragione ci è data a conoscere da Cajo, e si ripone nel principio Romano: *actiones ab herede et contra heredes incipere non posse*: e perchè il sistema delle obbligazioni era strettamente connesso con quello delle azioni nel dritto Romano, così non poteva il testatore contrarre alcuna obbligazione, che cominciasse dopo la sua morte, nè potevasi muovere reclamo contro l'erede per un simigliante rapporto. Erano dunque necessarie delle persone,

[1] *Comm.* III. §. 93.

che giuridicamente continuassero la personalità di colui, che veniva a mancare per morte, e che essendo intervenute al medesimo contratto, avessero la capacità d'intentare o di soffrire un reclamo:

Comm. III. §. 117.

« *Adstipulatorem vero fere tum solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur, quod stipulando nihil agimus. Adhibetur autem adstipulator, ut is post mortem nostram agat, ut si quid fuerit consecutus de restituendo eo mandati, judicio heredi tenetur* ».

Comm. III. §. 115.

« *Pro eo quoque, qui promittit solent alii obligari: quorum alios sponsores, alios fidepromissores, alios fidejussores appellamus* ».

Sui contratti letterali predominavano due opinioni: giacchè disputavasi se la formalità necessaria per essi consistesse nella loro iscrizione nei libri domestici Romani (*codex*, *codices*, *codex accepti et expensi*, *tabulae*, *domestica ratio*), o pure se si prendesse notamento di essi sopra un documento speciale. La prima opinione poggia sul testimonio di Cicerone e di Seneca [1], e fu difesa da Savigny in un lavoro letto all'Accademia delle Scienze di Berlino l'anno 1816. La seconda si fonda sull'autorità di Teofilo [2], ed è quella sostenuta da E. Gans. Tale era lo stato della quistione, quando furono pubblicate le Istituzioni di Cajo, nelle quali leggonsi le seguenti parole:

Comm. III. §. 128.

« *Litteris obligatio fit veluti in nominibus transcripticiis, fit autem nomen trascritpicium duplici modo, vel a re persona in personam vel a persona in personam* §. 131. *Alia causa est eorum nominum, quae arcaria vocantur, in his enim rerum non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter aliter valent, quam si numerata sit pecunia, numeratio autem pecuniae jure na-*

[1] Cicerone, *in Verrem*, lib. I. c. 36. — *Ad Atticum* IV. 18— *Pro Roscio Comoedo*, c. 5. — *De Officiis*, lib. III. c. 14. — Seneca, *De Beneficiis*, l. III. c. 15.

[2] *Ad pr. I. de litt. oblig.*

Digitized by Google

turali facit obligationem, qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere — §. 132. Unde proprie dicitur arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniae obligantur, quod genus obligationis juris gentium est — §. 133. Transcripticiis vero nominibus an obligentur peregrini merito quaeritur, quia quodammodo juris civilis est talis obligatio, quod Nervae placuit. Sabino autem et Cassio visum est, si a re in personam fit nomen transcripticium, etam peregrinos obligari, si vero a persona in personam non obligari. §. 134. Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et singraphis , id est si quis debere se aut daturum se scribat , ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat, quod genus obligationis proprium peregrinorum est ».

In queste parole sono dunque riconosciute due specie di contratti letterali, dei quali l'uno fatto per *transcripticiis nominibus* obbligava soltanto in parte i pellegrini , l'altro *chirographis et syngraphis* era proprio dei pellegrini e del *jus gentium*. Se dunque volesse ritenersi una sola specie di contratti letterali per la considerazione , che una di esse era propria dei pellegrini, dovrebbesi pure per essere conseguente affermare , che i Romani non conoscevano che una sola ragione di proprietà, giacchè quella in *bonis* era propria dei pellegrini e del *jus gentium*. È quindi più naturale e più conforme allo spirito della storia e del dritto Romano ammettere per i contratti letterali quello stesso dualismo, che osservammo nella proprietà e nelle stipulazioni: sicchè le parole *transcripticiis nominibus* significherebbero l'iscrizione nei libri domestici o in quelli degli *Argentarii* , ma che oltre d'una tale formalità vi era anche quella di affidare il contratto ad un documento speciale (*syngrafa*, *chirographa*), la quale benchè fosse propria dei pellegrini non perciò non costituiva un contratto letterale.

VIII.

Dei modi, onde estinguonsi le obbligazioni.

Ad alcune obbligazioni speciali Romane rispondevano altrettanti modi, onde estinguevansi. Ciò avveniva per *solutio*, *acceptilatio*, *per aes et libram*, *novatio et litiscontestatio*.

1) *Solutio*. Apprendiamo da Cajo, che a tal proposito un'antica quistione agitavasi fra i Proculejani ed i Sabiniani; opinavano i primi, che quando il pagamento eseguivasi *alius pro alio*, l'obbligazione non estinguevasi *ipso jure*, quando pure ciò avvenisse col consenso del creditore; mentre i secondi andavano in una contraria opinione:

COMM. III. §. 168.

« *Tollitur autem obligatio praecipue solutione ejus, quod debeatur, unde quaeritur, si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit, utrum ipso jure liberetur, quod nostris praeceptoribus placet, an ipso jure maneat obligatus, sed adversus petentem exceptione doli mali defendi debeat, quod diversae scholae auctoribus visum est* ».

È ben noto, che nelle Istituzioni e nelle Pandette fu seguita l'opinione dei Sabiniani.

2) *Acceptilatio*. Quello che le Istituzioni ci danno come indubitato, se una *acceptilatio pro parte* sia possibile, ci si fa conoscere da Cajo come controverso ai suoi tempi:

COMM. III. §. 112.

« *Item, quod debetur pro parte . . . recte solvitur: an autem in partem acceptum fieri possit* QUAESITUM EST ».

3) *Per aes et libram*. Era principio Romano, che i fatti giuridici dovessero finire in quel modo, nel quale originavansi; sicchè essendovi un'antica obbligazione *per aes et libram*, era conseguente, che vi fosse anche una *solutio per aes et libram*. L'esistenza di questa ci è pruovata da alcuni classici non giuristi:

Livio l. VI. c. 14.

« *Inde rem creditori palam populo solvit*, LIBRAQUE ET AERE LIBERATUM EMITTIT ».

Cicerone, *De Leg.* II. c. 20. 21.

« *Quin etiam cavent, ut cui plus legatum sit, quam sine religione capere liceat, is* PER AES ET LIBRAM *heredem testamenti solvat* ».

Da Cajo ci è fatta conoscere la formola d'un tale pagamento:

Comm. III. §. 176.

« *Adhibentur autem non minus quam quinque testes et libripens, deinde is, qui liberatur ita oportet loquatur: Quod ego tibi tot milibus eò nomine... solvo, liberoque, hoc aere aeneaque libra, hanc tibi libram primam . . . . deinde asse percutit libram cum . . . . liberatum, veluti solvendi causa* ».

4) *Novatio.*

5) *Litiscontestatio.* Interamente nuovo è quello che ci è fatto conoscere da Cajo sulla *litiscontestatio*, come mezzo, onde estinguevasi una *obligatio*. Ogni obbligazione, per la quale intentavasi una lite, correva tre stadii: fino alla *litiscontestatio* durava la primitiva *obligatio*: alla *litiscontestatio* innovavasi l'obbligazione, e la primitiva era sostituita dalla *obligatio litiscontestationis*, alla quale succedeva la *condemnatio*, sicchè Cajo ci racconta, che gli antichi giuristi usavano ripetere: « *ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere post condemnationem judicatum facere oportere* ».

Conchiusione.

Quando alcuno dopo avere scorse le Istituzioni di Cajo, e trovandole molto meno ricche di novità di quello che forse imaginavasi, fosse curioso sapere quale utile se ne possa trarre per gli usi pratici della vita, noi avremmo ragione di farne le meraviglie, come di colui, che alla vista del Panteon e del Colosseo conservasse fredda la mente ed il cuore, ed a che giovino

dimandasse. Nello stesso modo potrebbe dimandarsi, perchè un intelligente viaggiatore si affatichi a percorrere lontane e deserte contrade? perchè ripetonsi ancora i canti ispirati dei poeti Ellenici? perchè il pensiero dello storico si ferma tanto volentieri allo spettacolo dei sanguinosi trionfi dei Romani? Tutta intera la storia riesce una morta lettera, un suono vano e pur ributtante, quando vogliasi misurarne l'importanza sull'interesse subbiettivo, e sull'utile immediato, che ne possa trarre ciascun individuo. Ma la storia è la manifestazione esterna e sensibile di alcuni principii assoluti, e perchè è proprio di questi di avere un valore obbiettivo e di essere indipendenti da qualunque interesse subbiettivo ed immediato, così i fatti storici, che ne formano la successione non valgono parzialmente o per loro stessi, nè in rapporto di questo o di quell'individuo. Ci sieno di esempio gli avvenimenti più fragorosi della storia; col volgere di pochi anni manca ogni loro importanza, forse pure desteranno orrore e ribrezzo, quando si voglia considerarli in loro stessi ed astrattamente dall'insieme del sistema sociale, nel quale si attuarono: unico mezzo, perchè essi avessero per noi posteri vita ed importanza, si è, di considerarli come l'espressione dei principii, dai quali emanarono. Certo le Istituzioni di Cajo per i bisogni subbiettivi e pratici ci riescono molto meno importanti del dritto posteriore Giustinianeo; ma facendo astrazione dai molti vantaggi letterarii, che la mente umana può trarre dalla scoverta e dallo studio d'un classico, vantaggi che è più facile sentire anzi che descrivere, esse hanno un più grande valore obbiettivo e storico considerate come espressione dello spirito della civiltà e del dritto Romano. Sotto un tale rapporto stante l'unità del principio, onde s'informa il movimento della storia in generale e quello del dritto in particolare, sì la civiltà che il dritto Romano interessano la civiltà ed il dritto presente, giacchè la prima essendo uno dei momenti della manifestazione del principio storico perchè anteriore alla nostra è essenzialmente fusa e

compresa in questa: come pure per il legame, che l'unità del principio pone fra i diversi periodi della storia del dritto, e perchè questo è essenzialmente progressivo, il dritto Romano necessariamente s'incarna nel presente, e lo studio di esso è indispensabile per una intelligenza coscienziosa dello svolgimento logico del dritto nel tempo, ed anche per avere la ragione delle condizioni presenti di questo presso noi.

SVOLGIMENTO LOGICO

DEL

SISTEMA DEL DRITTO ROMANO

Google

SVOLGIMENTO LOGICO

DEL SISTEMA DEL DRITTO ROMANO

I.

Non a torto Savigny nell'introduzione al suo *Trattato sul possesso* ebbe a sdegno d'imitare coloro, i quali cominciano dall'esporre la difficoltà di quello, ch'essi imprendono a trattare. Quando un autore al compimento d'un lavoro trovasi in una certa disarmonia coll'obbietto di questo, sicchè necessariamente abbia la coscienza di non averlo raggiunto, sarebbe molto più modesto tralasciarlo, anzi che giovarsi d'una inutile discolpa. Sicchè cominciando dal rappresentare la difficoltà del presente lavoro, è forza dopo il già detto, che ben altra ragione mi giustifichi ([1]).

La difficoltà, di cui quì è parola, è la difficoltà obbiettiva della cosa istessa: essa non è di tal ragione, che l'uno non possa, ed un altro sia da tanto da rimuoverla secondo la misura della individuale capacità ed ingegno. La difficoltà, a cui quì si accenna, rimane in tutta la sua forza, anche quando si giunga a trionfarne; con altre parole la difficoltà del presente argomento è essa stessa obbietto della presente trattazione.

II.

È da porre mente, che tutto quello, che la tra-

([1]) È Gans, che parla, giacchè nel presente lavoro poche cose furono tolte, pochissime aggiunte per rendere più compatte e compiute le idee dell' Autore Tedesco.

dizione del passato trasmette ad un tempo posteriore, sia che fosse una istituzione, o una consuetudine o un ritrovato, depone l'impronta della propria originalità, e prende quel posto, che le differenti condizioni del tempo assegnano a ciascuna di esse. Solamente in questo modo è concepibile una storia vera e viva : solo in tal caso è vero , che si ripetano in noi i secoli passati.

Coll'antichità si chiude e si compie un gran periodo della civiltà del mondo : essa vive per noi nei suoi classici scrittori , che sono altrettanti istrumenti di civiltà, e giovano alla nostra educazione , sebbene noi fossimo molto più innanzi ed al di sopra dei nostri maestri. Essa ha preso nelle presenti condizioni del tempo quel posto , che le si conveniva, ed in cui può esserci utile : che se volesse affermare una fiera indipendenza e conservare la sua primitiva originalità, noi non potremmo che rigettare simili pretensioni. E sebbene più volte ad alcuni elementi d'un passato irreparabilmente morto e perduto riesca come a cadavere protrarre per molti secoli la loro naturale opposizione , avviene sempre però, che sopraffatti dall'urto irresistibile del tempo , dopo una inutile lotta soggiacciono.

III.

Fra le tradizioni dell'antichità e del passato deesi noverare anche il dritto civile Romano. Le sue principali vicende storiche delineate nei loro tratti principali furono le seguenti. Nei tempi della republica il dritto privato non ancora si era formolato a sistema , non ancora si era determinato nei particolari ; potrebbesi dire , che l' individuo era troppo occupato della vita publica , perchè abbadasse agl'interessi privati. Il dritto dal mistero e dalle allegorie prende una forma publica ed universale nel foro : esso dalle forme e dai detti misteriosi si svolge in una applicazione più reale e più estesa , dall'essere il privilegio d'una classe addiviene un

obbietto di contrasto per quei medesimi partiti, che lottavano per i publici interessi; e la legislazione non è altro perciò, che un processo di vittorie, di guadagnate concessioni, di trofei che gli uni e gli altri elevano a loro stessi. Come espressione d'un tale contrasto il dritto Romano di questo periodo non presenta determinazione alcuna, che non appartenga di necessità ad uno partito che trionfa dell' altro: non occorre in esso alcun particolare elemento, nessuna speciale dottrina, che non abbia in sè l'impronta di questa publica vita. Le Rogazioni Liciniche, la Legge Agraria e Canuleja, tutto quanto fu statuito sul *nexus* dei debitori, benchè speciali per il loro obbietto, si elevano da una tale specialità ad una espressione generale della legislazione. L'arte oratoria a difesa del dritto privato significa, che questo non ancora si è piegato ad una applicazione speciale e particolare, sicchè rendesse inutili le attrattive delle bellezze oratorie.

Ma quando Roma fu umiliata dalla vita publica alla privata, e non più conquistatrice cominciò a decadere, fu questo il tempo dell'origine vera e del compiuto sviluppo del dritto civile. Non v'ha più partiti, dai quali dipenda il dritto privato, e da cui questo impronti il carattere di publico, ma l'ultimo scopo è l'individuo, e la maniera, ond'egli difende e conserva la propria esistenza: sicchè la giurisprudenza rimane la sola, vera, e propria dottrina del popolo Romano. Essa non ha più il carattere publico della eloquenza, ma quello del consiglio privato in iscritto ed a voce. Gli stessi onori, che meritarono i propugnatori della libertà, sieno essi stati capitani o oratori, combattenti al di dentro o al di fuori, sono meritati e sentiti dai grandi giureconsulti dei secoli dell'Impero, ed i Papiniani e gli Ulpiani stanno col loro tempo nel medesimo rapporto che i Catoni e gli Scipioni col loro. Questo periodo è quello della vita privata e del dritto privato.

IV.

Il Medio Evo non potette che ammirarlo affaticandosi con inutili sforzi a sottrarsi alla sua influenza. Ma quando più rapido addivenne il progresso della società, dovettesi ammettere il dritto Romano a fondamento d'ogni dritto civile. E sarebbe stato tanto poco possibile elevare dagli elementi della civiltà presente l'edificio d'un novello dritto civile, per quanto poco con la più grande capacità artistica ci riuscirebbe far rivivere i tempi dell'arte Greca. Quando perciò alcuni Storici muovono querela, che non siasi volto bastante studio per lo sviluppo organico del dritto originale Germanico, e che si sia stato troppo corrivo ad insinuarvi un dritto straniero, essi disconoscono non solamente il principio della vita Germanica, ma volgono ad onta e vergogna quello, che torna ad onore e lode dei dotti Tedeschi. I popoli nella loro fanciullezza si persuadono di esser soli, e non conoscono altri che se stessi: avanzandosi nella civiltà si tengono lontani dagli altri popoli denominandoli *Barbari*. È questo il carattere della civiltà Greca, che si appalesa nella forma severa, nella precisione ritmica delle città, nell'odio, e nella esclusione d'ogni elemento straniero che venga ad alterarne le proporzioni. Ecco perchè i legislatori della Grecia seguiti da Aristotele e da Platone insegnano i mezzi di ritenere le città nelle dimensioni strette, che sono conciliabili col numero e coll'armonia. È perciò, che il momento, in cui si concepisce il pensiero di fare dei barbari altrettanti Greci, il momento della Grecia conquistatrice è quello della decadenza e della dissoluzione della Greca esistenza. In un grado di maggiore coltura i Barbari addivengono altrettanti stranieri, coi quali si entra in commercio: finchè in un'epoca più avanzata negli stranieri riconosconsi altrettanti uguali, e si tiene ad onore accogliere e far proprii i prodotti d'una civiltà straniera. L'Inghilterra, la quale fu sempre ri-

pugnante ad ammettere il dritto Romano, non elevossi mai al di sopra d'un grado molto inferiore nello sviluppo del dritto privato. Se l'importanza del dritto Romano come dritto privato non abbisogna di essere maggiormente dimostrata, più difficile è la quistione sul modo, onde debbasi ammettere un tal dritto. Esso ha perduto per noi la sua importanza assoluta: deesi piegare e subbarcare alla forza maggiore degl' interessi privati, e prendere quelle forme e quei colori, che si avvengono ad una subordinata posizione. Al tempo dell'Impero Romano il dritto civile ne era l'elemento predominante: in esso riflettevansi lo spirito ed i tratti principali dello stato Romano, e ci giova più d'ogni altro a chiarirne le condizioni. Quando dunque è parola presso noi del dritto Romano, può accennarsi sia al dritto del popolo Romano qual' esso fu per spirito nazionale; sia a quello, che noi abbiamo applicato ai bisogni della nostra esistenza cancellandone la nazionalità. L'uno e l'altro modo di considerarlo ha la sua ragione nella doppia posizione ed importanza del dritto Romano. È però da determinare quello, che del dritto Romano è rimasto come sostrato del nostro dritto civile, e si è incarnato nelle presenti condizioni ed istituzioni, o quello che ritiene ancora i colori nazionali, e conserva l'impronta dello spirito Romano. Ma perchè il nostro moderno dritto Romano ha le sue fonti esterne, e si chiarisce pure esternamente coi libri e colle opere dettate nello spirito Romano, è ben naturale, che un erroneo metodo storico cerchi la ragione intima di esso in queste esterne qualità, e si affatichi a mettere in connessione il dritto delle XII Tavole con quello del decimonono secolo. Questa erronea opinione si pasce della molto semplice illusione, che una istituzione Romana sol che divenga tutt'altro da quello che era presso i Romani si corrompa, che soltanto collo studio delle fonti possa trovarsi la vera connessione di essa dal tempo delle XII Tavole fino a Giustiniano, o che debba contarsi ad onore dello studio storico dei nostri tempi questa novella riproduzione sotto forme Romane

d' una corrotta istituzione: come se debbasi attribuire a difetto di conoscenza del dritto Romano, che questo sia divenuto ben altra cosa, mentre le più importanti differenze provengono dalla diversità dello spirito dei tempi! Queste festevoli grida della Scuola Storica, che da molti anni ci assordano, quasi che senza la storia del dritto non si potesse governare, non parlare di dritto, e come se senza lo studio delle Fonti non si potesse nè anche andare per le strade sicuramente, si sono, come suole avvenire in simili occasioni, fin da qualche tempo affievolite. Ma come con ciò la storia del dritto ha perduto ogni onore scientifico, ed è avvilita come una scienza mercenaria, così pure si è tolto al nostro dritto pratico la sua determinazione, giacchè astraendolo dalla sua realtà, si è voluto risospingerlo nelle nuvole dei suoi primordii storici. Per questa Scuola non esiste la difficoltà, alla quale accennammo fin dal principio del presente ragionamento: giacchè non ammettendo alcun moderno dritto Romano, o meglio rigettandolo con tutte le sue forze, perchè attende non solo ogni scientifica, ma anche ogni salute pratica per i tempi presenti dalla conoscenza e dalla esposizione dell' antico dritto Romano, essa vince ogni difficoltà sconoscendo i rapporti ed i bisogni presenti. Questa Scuola vorrebbe balzarci nell' antica Roma, per apprendere colà il nostro dritto civile; pretenderebbe che rinunziando alla propria nazionalità facessimo rivivere e rigenerare in noi la nazionalità Romana.

Ma noi che distinguiamo il dritto Romano moderno da quello del popolo Romano, e vogliamo, che fosse pure dagli altri distinto, noi non possiamo sconoscere la difficoltà del nostro argomento. Per noi il dritto Romano sta solamente come base del dritto civile, ed è forza dunque che si accomodi e si adatti ai nostri bisogni, è pure necessità collocarlo e trattarlo nel sistema del nostro dritto e delle nostre condizioni civili secondo le nostre proprie idee ed opinioni. Molte dottrine però d' un tal dritto non poterono incarnarsi nè gettar radici nel nostro sistema, perchè le

Fonti e le origini, alle quali strettamente si attengono, e da cui ritirano ogni loro forza vitale, sono estranee a noi. Collocare queste dottrine, le quali perirono collo spirito che le informava, nel sistema scientifico del moderno dritto civile, è il lavoro sì poco scientifico, al quale non può adempiersi altrimenti, che riordinando e trattando queste istituzioni speciali Romane secondo la loro simiglianza ed analogia col nostro sistema. Se in questo è pur forza far parola dell' *actio publiciana*, giacchè trovasi nei libri Giustinianei, della *pecunia constituta* o della *infamia*, queste dottrine le quali dipendevano strettamente dall' organismo vivo dello stato Romano, e sono al tutto estranee al nostro tempo, dovranno esser collocate in un luogo, nel quale possano meno che altrove turbare l' ordine del moderno sistema del dritto, costruendosi per esse una certa nicchia scientifica, nella quale potessero essere in qualche modo tollerate.

È questa la difficoltà obbiettiva, alla quale si accennava fin dalle prime: essa consiste nel bisogno di formolare un sistema, che risponda alle condizioni ragionevoli dello spirito della civiltà moderna giovandosi dei materiali esterni del dritto Romano. Chi è severo contro se stesso non potrà non essere addolorato di questa trista necessità, e vorrà almeno addimostrare di averne la coscienza.

V.

Fin da quando il dritto Romano addivenne obbietto di studio, l' attività degli studiosi di esso appalesossi in tre modi diversi, che possonsi distinguere col nome di metodo esegetico, dommatico, e sistematico.

Quando cominciò lo studio del dritto Romano, che è il legato, che ci venne dall' antichità, sentissi avanti tutto il bisogno di spiegarlo, non prendendone in considerazione l' insieme, ma le singole parti. Sebbene un forte bisogno di trovare delle basi per il dritto civile rendesse necessario lo studio del dritto Romano,

pure troppo poco dall'altra parte erasi svolta l'intelligenza del dritto civile, perchè si potesse giudicare e trattare il dritto Romano secondo un tale criterio. Avvenne ad esso quello che avviene ad uno scrittore classico, che è avanti tutto letto e scorso ne'suoi tratti speciali, prima che fosse compreso nel suo insieme e nel suo merito.

Anche la filologia dei tempi primitivi fu volta piuttosto alla conoscenza ed alla considerazione esegetica degli Autori, anzi che all'insieme della letteratura antica. Così dunque la considerazione dei singoli brani del dritto Romano fu il primo studio, e quella della materia fu secondo e subordinato, o solamente mezzo per illustrare le parti speciali. Questo metodo esegetico ebbe tempi avventurosi, e la sua fine con Cujacio, genio veramente esegetico, al quale però mancava ogni intelligenza e può anche affermarsi ogni memoria dommatica, giacchè egli in molti brani lascia intendere appunto il contrario di quello, che si trova d'aver dichiarato in altra occasione sulla medesima materia. Di ciò non può farsi rimprovero ad un esegetico *ex professo*, giacchè questi vive in una certa poligamia: ogni brano ha dritto all'attenzione di lui soltanto per quel tempo, durante il quale vi si arresta colla riflessione.

VI.

Ma questo metodo esegetico fu bentosto sostituito da un altro più importante. La dottrina, che secondo il primo metodo serviva solamente come mezzo di chiarire i singoli luoghi, addiviene ora l'elemento principale, che quelli valgono soltanto ad illustrare. Il metodo dommatico è dunque il contrario dell'esegetico. I testi speciali perdono il loro carattere primitivo, ed addivengono altrettanti mezzi di pruova per servire ad una materia, che ha in se stessa la sua importanza, e che può essere chiarita solamente per mezzo di quelli. Si prendono ora ad obbietto di studio dottrine ed istituzioni, s'investiga il loro principio, cer-

casi conseguentemente svolgerle ed applicarle, e solamente per un soverchio riportansi quei brani, che sembrino dire il medesimo. Il dritto prende un novello interesse come dritto, ed importante per esso ne addiviene la dottrina. Questo metodo dommatico è ventilato anche in opposizione di Cujacio da Donello in un modo conseguente ed ingegnoso; addiviene nei tempi posteriori necessariamente predominante, rimane ben tosto il solo. Se parlasi ancora di testi e di frammenti, con ciò si accenna alla dottrina, che rilevasi da essi, ne forma l'interesse principale, e dalla quale quelli potrebbero più convenientemente intitolarsi. In questo senso gli Olandesi hanno scritto moltissimo sui testi, benchè trattassero della dottrina, che vi si contiene: e le nostre Dissertazioni Inaugurali prendono sovente il nome da un testo, sebbene si accenni ad un sistema compiuto di dottrina. La vanità dei giuristi di fama da filologi fa rivivere simili illusioni; ma pretendere di novellamente introdurre nello studio del dritto un vero metodo esegetico riuscirebbe impossibile, giacchè sarebbe questo un ritorno al passato.

VII.

Ma anche con questo metodo dommatico e più compiuto non ancora si è raggiunto lo scopo ultimo e scientifico. La scienza non si rimane alla semplice investigazione delle dottrine speciali, ne si accontenta di determinare solamente i loro dogmi: è essenzialmente necessario, che queste dottrine sieno formolate in un insieme; o meglio per esprimerci con altre parole, la vera scienza è un sistema. Se la dommatica si occupa delle dottrine speciali, un sistema della dommatica tende ad assegnare ad esse il posto, che loro conviene. Può questo considerarsi da alcuni come una semplice formalità, sicchè si persuadano, che non importi alcuna differenza sol perchè nulla si cambii al contenuto: ma una più profonda considerazione genera il convincimento, che il contenuto si cambia col mutare di forma e di posto, e che riconosce appunto dall'una e dall'altro la sua intima importanza.

Senza avere un sistema si può parlare in vero di proprietà, di contratto, di matrimonio e di dritto di successione, si può analizzarli e rappresentarli sotto le diverse forme, che essi prendono nella realtà, ma quello che sia proprietà, contratto, matrimonio, successione può comprendersi solamente nel posto, che loro si assegna, e nel loro rapporto reciproco, sicchè ogni ordinamento di essi falso ed erroneo si riflette bentosto nella materia istessa, che ne addiviene anch'essa falsata ed erronea.

Il bisogno di ridurre a sistema il dritto Romano fu sentito dal momento, in cui cominciò ad apprendersi dalla filosofia quello che sia scienza. Ma sulle prime non è esso, che il semplice bisogno di avere un sistema, un ordine, di qualunque ragione si fosse, secondo il quale si possa scrivere, leggere ed esporre. È volgare opinione, che il sistema di uno possa differenziarsi da quello dell'altro, che dipenda dall'arbitrio individuale, e che come ognuno può ordinare la sua casa in quel modo che meglio gli aggrada, purchè convenientemente l'adorni, così pure opinasi, che basti per un sistema un determinato numero di rubriche, sotto le quali vengano coordinate le diverse materie. Sicchè gli autori dei libri d'istituzioni considerano il sistema, ch'essi seguono, come qualche cosa al tutto accessoria: quelli dei compendii sono così lontani dal pretendere di fare un lavoro scientifico, che sentono il bisogno subbiettivo di dichiararlo, perchè non si sospettasse d'avere inteso ciò fare. Ma anche a coloro, che espongono sistematicamente senza pur pensare che con ciò si faccia qualche cosa di scientifico, non può negarsi un merito; e non deesi passar sotto silenzio, che alcuni autori nell'esporre il dritto Romano non mancarono al tutto di prenderne scientificamente in considerazione il sistema.

È quì da fare speciale menzione dei lavori di Thibaut, di Heise, e di Mühlenbruch, nei quali si appalesa un ordine ingegnoso, e sono superiori ai più moderni sistemi, come per esempio, a quello di Burchardi, in cui il concepimento il più confuso ed arbitrario confonde le più svariate materie.

VIII.

Dopo di avere discorsi questi tre metodi, i quali si seguirono nello studio e nello sviluppo del dritto Romano, meriteremmo la taccia d'ignoranti, quando non prendessimo in considerazione una Scuola, la quale si dice la vera anzi la sola scientifica. La Scuola Storica quando emanasse dalla essenza istessa della scienza del dritto, dovrebbesi potere trovare collocata in uno dei tre indicati metodi, e dovrebbe essere in un certo rapporto con essi. Che questo non sia possibile, valgano a pruovarlo le riflessioni seguenti.

Il pensiero della Scuola Storica, e tutto quanto serve a questa di fondamento, non emana dalla scienza del dritto, ma è improntato da altri elementi più generali, dai quali venne semplicemente applicato a questa scienza. Quando verso la metà del trascorso secolo fino ai principii del presente, ogni sforzo fu diretto a ridurre in atomi la massa delle esistenze, ed ad aprire colla forza della intelligenza una breccia nelle istituzioni del tempo, e senza abbadare a costruire un novello edifizio ogni lavoro fu volto a quest' opera di distruzione, ed ogni attenzione diretta ai materiali rotti, coloro, i quali non si sentivano inchinevoli a questa tendenza del tempo, pruovarono il bisogno di ripiegarsi indietro, o nell' impotente disperazione di cambiare il presente e per timore di forti e ferme collisioni si fece ricorso al passato, in cui speravasi maggior riposo e meno opposizione.

Ma più d'ogni altra la nostra patria Tedesca, e la classe dei dotti nemica della realtà e del presento, seguendo l'esempio dell' emigrazione Francese, fu presa dalla mania di emigrare per il Medio Evo, tanto più pericolosamente, che non frapponevansi nè divieti nè ostacoli. Colà si stanziarono gli emigrati Tedeschi, si sposarono, si ebbero dei figli, e sentironsi con tanto agio, come se vi fossero nati: e nelle lettere che sotto forma di grossi volumi inviavano all'antica patria, proponevano ai contemporanei di rinunziare al

presente, di vendere beni e proprietà, e di raggiungere i loro antichi amici nel Medio Evo.

Dovrebbesi dunque rinunziare ai più preziosi tesori, di cui si vanta la civiltà moderna, per seguire sconsideratamente una illusione poetica, sostituire a tutto quanto vi ha di più profondo ed ingegnoso nel moderno idioma Tedesco le forme e le espressioni sebbene più naturali ma più rozze della lingua Gotica, rinnegare i nostri poeti, perchè i canti di Niebelungen ne prendessero le veci ed addivenissero il libro del popolo, cambiare infine i costumi, le abitudini, gli usi ed il modo di vivere per quelli dei tempi felici, nei quali l'Imperadore Errico scontava la pena del suo temerario ardire nelle nevi di Canosa?

Questa mania di sottrarsi al presente per tradursi col pensiero e colla fantasia nel passato manifestossi come nelle arti, nella scienza e nelle altre esistenze esterne della società, così pure nel dritto. Ma quì non poteva non urtare in una forte resistenza nella natura e nell'obbietto istesso del dritto: giacchè dell'arte, che non si occupa del reale e dell'immediato, potevasi bene affermare, che il presente non fosse il suo tempo, e che si dovesse riportarla ad un'epoca, nella quale non dubitossi della sua importanza assoluta. Ma il dritto che non solamente ha la sua realtà nel presente, ma è il presente istesso, sarebbe minacciato nella esistenza, quando divenisse il ludibrio di simili illusioni: risospingerlo nel passato sarebbe annullarlo. Fu dunque la Scuola Storica, che improntando altrove simili fantasie, che sarebbero tollerabili nelle altre sfere, le applicava al dritto, ed è questo quello che forma l'essenza di questa Scuola.

Ma perchè la posizione di questi uomini fantastici addiveniva sempre più difficile in opposizione di qualche cosa così reale ed immediata, quale è il dritto, essi si affaticarono per il predominio ed il trionfo dell'opinione, che si vada errato, quante volte si voglia fondare il dritto sul presente, o che si pensi, che questo sia il dritto istesso; cercarono persuadere che il dritto sia vero solamente nel suo passato; ch'esso non

si svolge progressivamente e con giovine vita, ma che debbasi ringiovinirlo negli Archivii del tempo e fra le tombe dei morti; che per le arti per le lingue e per le altre scienze dovesse ricorrersi al passato solamente per disperazione del presente, ma che il principio istesso del dritto consista nel ritorno al passato, nel divenire storico: sicchè se finora la storia fu adoperata per il presente sia come esempio, sia a maggiore intelligenza di questo, dovrebbero ora tutte le forze e le potenze dell' uno mettersi a profitto per l'altra; il dritto infine dovrebbe addivenire una storia, ed è perciò che un tal metodo di considerare la scienza del dritto denominossi Scuola Storica.

La Scuola Storica dunque nella scienza del dritto originossi per le condizioni speciali predominanti nelle altre sfere dello spirito, per un simigliante bisogno di occuparsi con qualche cosa di più positivo: essa mostrò di volgersi dal ragionamento astratto e distruttore del presente alla considerazione pacata di rapporti più reali, di condizioni vere ed esistenti, ed è perciò, che non potè mancarle l' applauso dei migliori e dei più dotti, che tanto poco gioivano dello spesso mutarsi delle istituzioni del tempo.

Da ciò provenne, che fu sì bene accolto un tal ritorno al passato; che lo studio e le conoscenze storiche ebbero un sì vasto campo di applicazione; e che con ciò si aggiunse al principio teoretico un interesse scientifico pratico potente e da non poter essere sconosciuto. Non più conobbesi se il pensiero della Scuola Storica consistesse piuttosto nella teorica di rinnegare il presente o nella pratica di studiare il passato. Fu naturale l'attendersi, che la Scuola Storica dovesse avere un metodo proprio e storico nel compiere i suoi lavori; si ebbe ragione di dimandare di quali regole e principii particolari, di quali mezzi e capacità speciali essa si giovasse. A tutte queste dimande non fu risposto nè colla parola nè colle opere. In luogo di tutt' altro lavoro credettesi bastare la molto sterile dottrina « doversi studiare le fonti »: e quando alcuno erasi fatto intimamente persuaso delle importanza di

Digitized by Google

questa dottrina, e cercava un novello insegnamento, ripetevasi novellamente: «doversi studiare le fonti». Invece di pubblicare importanti lavori storici, e di promuovere con ciò lo studio della storia, credettero adempiervi astrattamente consigliando allo studio delle fonti, e considerarono come bastante incitamento la perenne ripetizione d'una breve proposizione, di cui niuno più dubitava, ma che tutti avevano udito fino alla noja. Se un tempo dunque si fece plauso al pensiero della Scuola Storica a cagione del pratico vantaggio scientifico, che poteva provenirne, e se ora tutta l'importanza di essa si limita alla ripetizione d'un principio pratico, era necessità, che la Scuola Storica da un' alta considerazione decadesse interamente nella opinione generale. Per un tratto di tempo attribuissi ad essa ogni più importante lavoro dommatico storico, purchè l'autore di esso avesse trattati con una certa riverenza i conosciuti partigiani della Scuola Storica; ma può questo considerarsi come un testimonio sicuro e non fallace? Consisterebbe il carattere della Scuola Storica nella riverenza usata o da usarsi verso i partigiani di essa? Io non vi veggo nessun altro speciale carattere. Mi si faccia intendere, perchè due dei più eccellenti autori di dritto Civile del nostro tempo, Mühlenbruch e Zimmern, non si appartengono alla Scuola Storica, e perchè due altri molto meno importanti vi sono noverati? Quando si voglia percorrere gli scritti di questi, vi si troverebbe appena un criterio intimo, per il quale fosse possibile distinguere gli scrittori della Scuola Storica da quelli che non lo sono.

Se dimandasi inoltre in che si riponga oggi giorno il carattere della Scuola Storica considerata astrattamente dalla sua origine e dalla sua primitiva importanza, esso non sarebbe altro che l'accordo di più persone, che convengano in alcune cose al tutto esterne per la scienza come per esempio nell'amicizia, in alcuni sentimenti, e nelle loro tendenze, i quali sono strettamente congiunti fra loro, si lodano a cielo scambievolmente, e si denominano esclusivamente Scuola storica. Ma quello che una tale

Scuola ha in se di negativo, esiste sempre, per quanto tali negazioni possono esistere, ed è un disprezzo speciale per i principii del dritto, per tutto quanto è dommatico e sistematico in questo, ed anche la limitazione a dottrine e tempi parziali. Questa Scuola perchè fidente d'un forte appoggio ardì proclamarsi come la sola positiva, indicando l'opposto metodo col semplice nome di *non storico*. Ma per contrario potrebbesi rispondere alla Scuola Storica, che perchè nelle ricerche storiche anche altri vi si applicarono storicamente, che siccome essa non vanta nessuna speciale capacità creatrice, non potrebbe essere indicata con altro nome, che con quello di *non filosofica* [1].

A queste osservazioni obbiettive, le quali furono credute necessarie, perchè non s'ignorasse una scuola così importante nella scienza del dritto qual'è la Scuola Storica, deggio aggiungerne altre, che mi riguardano personalmente. Nel nostro tempo è sì forte la tendenza di dare a tutto il colore e l'impronta della subbiettività, che anche quanto vi ha di più sacro, la scienza è considerata come un interesse ed un semplice istrumento da servire all'interesse subbiettivo di coloro, che la coltivano. Ai nostri tempi non si sa concepire, come possa originarsi e sostenersi una polemica al tutto obbiettiva: la coscienza scientifica si forma piuttosto secondo rapporti al tutto estranei alla scienza. Sicchè ad ogni quistione si associa ben tosto una inimicizia personale, che la fomenta, giacchè si pensa, chi mai vorrebbe essere così stolto da battersi vivamente e caldamente nel solo interesse delle idee? Tanto più dunque sento il

[1] Questo giudizio sulla Scuola Storica, che sente alquanto della ingiustizia e della parzialità dello spirito di partito, sebbene estraneo al proposito del presente lavoro, pure abbiam voluto riportarlo, perchè caratteristico dell'Autore, e della parte ch'egli rappresentò nelle quistioni, che al suo tempo agitaronsi nel campo della scienza del dritto, e divisero le opinioni dei giuristi Tedeschi.

bisogno, essendo stato combattuto per una nobile causa da un onorato rivale, di respingere da me una volta per sempre un tale rimprovero: giacchè si è voluto credere, che mi fossi opposto al fondatore della Scuola Storica per astio ed inimicizia personale, stantechè generalmente non entra ora in mente ad alcuno, come ciò possa farsi nel semplice interesse delle idee, e perchè i più non veggono nella scienza come nella proprietà che le loro persone che ne sono violate. Certamente quando io parlo della Scuola Storica il mio pensiero ricorre al Prof. Savigny, giacchè a mio avviso egli solo forma il nervo, la forza, e l'importanza di questa: quando io dunque parlo de' difetti di questa, ed affermo, che una tale opinione tornò certo vantaggiosa per i primi tempi, e che ora sia divenuta già vieta, accenno pure al medesimo Autore, che più chiaramente ed ingegnosamente di qualunque altro espresse il pensiero di questa Scuola. Nè si creda, che io sconosca i meriti del Grand' Uomo, che io ebbi a combattere, nè che volessi per rivalità passarli in silenzio; che anzi sento il bisogno di dichiarare, che i servigi da lui resi alla scienza da nessuno furono accolti con gioja maggiore quanto da me; che io opino rendere al suo merito più giustizia assegnando ed additando il suo vero posto, anzi che seguendo l'alterezza di coloro che lo ripongono nel solo accordo colle loro opinioni. Non verrà mai tempo per la scienza del dritto, in cui al nome di Savigny non si desti la memoria d'un' epoca gloriosa per la storia di questa scienza. Egli ha incarnata la giurisprudenza sin allora distinta da tutte le altre discipline anche per il linguaggio che adoperava, nell'organismo vivo e scientifico della storia e della antichità, ed ha presentata per la prima volta un' opera storica e dommatica in classico Tedesco ai giuristi, che n' ebbero quasi a meravigliarsi. Ma perchè egli stesso non rappresenta che un elemento negativo, l'opposizione cioè contro le tendenze filosofiche e predominanti del tempo, ed anche la parte positiva di questa Scuola, il ritorno cioè ai principii storici, è piuttosto un espediente del momento, anzi che un sistema

fermo e ponderato, così il fondatore di questa Scuola dovette avere il medesimo destino di tutti i propugnatori delle verità negative, la cui storia finisce con essi stessi. Una tendenza così negativa può essere per un tempo d'una grande importanza, e non può pure negarsi un gran merito all'individuo che la rappresenta. Ma nella impossibilità di continuarsi, questa Scuola porta in se l'impronta della sua nullità; ed il pensiero di essa, che era sulle prime ingegnoso ed eccellente, perennemente ripetuto eccita infine le risa. Il fondatore di questa Scuola per le condizioni speciali del suo tempo potrà essere ammirato ed applaudito; ma i suoi discepoli e seguaci saranno sempre tacciati come poco ingegnosi, giacchè essi pretendono elevare il nulla a qualche cosa di positivo. Se dunque il merito di Savigny non è della sua Scuola, ma gli è tutto personale, egli divide il medesimo destino di Jacoby, la cui importante individualità influì grandemente sul progresso delle scienze filosofiche, ma la sua negativa dottrina addivenne la più vuota nullità nei suoi seguaci, ai quali mancava la medesima capacità individuale.

Da queste considerazioni sullo studio e sui differenti metodi della scienza del dritto ci facciamo ad esporre ed a svolgerne il sistema.

IX.

Un sistema della scienza del dritto deve necessariamente cominciare dal deffinire il dritto: ed è questa la sola cosa, sulla quale quasi tutti si accordano: ma come da ciò debba procedersi innanzi, è questo quello, che vuolsi prendere in considerazione. Quì si rileva la differenza, se alcuno imprenda a trattare del dritto filosofico, o d'un dritto positivo, qualunque si sia. Questa distinzione si fa particolarmente osservare nel rapporto del concetto con quello della legge. In un trattato filosofico tutta l'essenza del dritto privato si concentra nel rapporto fra il concetto del dritto e quello della legge, giacchè

Digitized by Google

la legge, che non è altro che l'istituzione positiva del dritto, presuppone necessariamente quello, che dovrà essere istituito, ossia il dritto. Quando le leggi vengono statuite, vi sono già la proprietà, i contratti e le famiglie: ma questi addivengono obbietto del dritto positivo, ossia delle leggi (anche il dritto consuetudinario è legge) solo quando vengano giuridicamente ordinate, sicchè è sempre una necessità, che il concetto d'una legge sia anteriore alla istituzione di questa. Il primo lavoro nella trattazione del dritto positivo è dunque quello di fissare e pruovare il rapporto fra il dritto e la legge, e come il dritto si traduca in legge. Molto più fortemente sentesi perciò per il dritto Romano il bisogno di osservare quanto poco i Romani, sebbene tutti si piacciano chiamarlo il popolo del dritto, ebbero coscienza di quello che sia il dritto. Quando essi dicono *jus est ars boni et equi*, havvi in ciò da osservare, da una parte che non parlasi veramente del dritto ma dell'arte di applicarlo, dall'altra che è questo concepito come equità e bene, le quali determinazioni non sono veramente al tutto estranee al dritto Romano, ma hanno una tendenza opposta allo stretto dritto. Mancando la coscienza del dritto, è perfettamente giustificata non secondo le nostre idee, ma secondo lo spirito Romano la definizione del dritto, ch'esso sia *divinarum notitia*, *justi atque injusti scientia*.

Molte cose furono dette e congetturate sulla ragione che potette avere avuta Ulpiano di aprire un sì vasto campo alla scienza del dritto, e nei tempi moderni la quì apportata definizione fu occasione, che s'introducesse nella giurisprudenza un certo misticismo ricco di parole, e che a noi piace così denominare a cagione della oscurità e non della sua profondità. Ma sarebbe molto facile darsi ragione di una tale definizione, quando si volesse considerarla in rapporto collo spirito della civiltà Romana. Roma è il mondo del dritto, che è appunto quello che di più alto si concepisce e si conosce dallo spirito Romano. Quanto vi ha di divino e di umano è compreso sot-

to la categoria del dritto divino ed umano; giacchè cosa sarebbe mai ciascuno di questi elementi fuori del suo dritto? Ulpiano dunque parla nello spirito del dritto Romano e secondo le idee e l'intelligenza di questo, quando dice, *Iurisprudentia est divinarum rerum notitia*, *justi atque injusti scientia*.

X.

Quando il dritto si è formalato come legge in un sistema di dritto positivo, è necessità, che si svolgano anche le forme, sotto cui la legge si rappresenta. La forma che meglio risponde alla natura di questa, e che potrebbe dirsi la sola conforme ad essa, è quella della generalità, la forma degli Editti. La legge nella sua generalità deve procedere dallo Stato, ed essere obbligatoria per tutti i suddili che gli sono soggetti.

Ma la legge lascia alcune volte anche una simigliante forma tanto conforme al proprio spirito per prenderne un' altra più particolare. Quì essa non più si manifesta nella sua generalità, nè emana dallo Stato, ma è occasionata da interessi individuali, che abbisognano di essere garantiti da una legge positiva. La legge prende in tal caso la forma di Rescritto, che non è semplicemente generale ed obbligatoria, ma da una parte non dee nulla contenere, che contradica al bene publico, e dall' altra presuppone sempre la rettitudine del motivo determinante.

La forma più universale dell' Editto, e quella più particolare del Rescritto sono gli organi, nei quali si muove la legislazione in generale. Le altre determinazioni sulla vita reale delle leggi sono comuni ad entrambe le forme. Come leggi e perchè generali è necessario che sieno universalmente conosciute, ed è perciò che la loro vita comincia dalla loro publicazione. Una legge, che non fosse conosciuta, finirebbe con ciò di esser legge: e conseguenza d' una tale condizione si è, ch' esse non possano influire retroattiva-

mente. Ciò che avrebbe a dirsi sull'effetto retroattivo delle leggi è relativo al fatto di determinare quello che potrebbe dirsi avvenuto o che non lo sia. Ma le leggi non sono qualche cosa di astratto o di morto, ma hanno in loro stesse una vita organica. Perchè le leggi abbisognano del linguaggio per essere intese, rilevasi bentosto la differenza fra il senso intimo e l'espressione di esse. Quando questi due elementi si accordano, la forma risponde alla legge; ma quando disconvengono, è necessario provvedervi altrimenti; sentesi il bisogno della *interpetrazione*. Questa si apprende all'uno o all'altro elemento, al senso intimo o all'espressione, si riporta dalla legge alle fonti della legislazione: abbiamo in tal caso l'*interpetrazione legale*, cioè a dire un novello prodotto della legge dal punto del suo significato: o pure l'interpetrazione si sofferma ai particolari, cerca intravedere il concetto nella espressione; ed in tal caso l'interpetrazione passa dalla legislazione alla scienza, *interpretrazione dottrinale*. I mezzi che la dottrina può mettere a profitto, producono altrettante differenze nella interpetrazione. Ma perchè l'interpetrazione dottrinale crea qualche cosa di nuovo, sorge la quistione sul metodo che debba seguirsi, se dovesse essere estensiva o limitativa, la quale quistione è risoluta col contenuto della legge, e non colla importanza della espressione.

L'interpetrazione deve occuparsi della legge come di qualche cosa esistente; sia che si riporti alle fonti di essa, sia che ne prenda l'espressione come punto di partenza trattasi sempre di conservarla e non di estenderla. Ma la legge ha essenzialmente un carattere generale, sotto cui si raccoglie il mondo dei particolari, che possono essere o gli elementi, in cui si distingua, o altrettanti esempii ai quali si applichi: in questo ultimo caso avviene che si riportano alle leggi i particolari non ancora pensati, ed ai quali essa si estende. La legge non può preventivamente determinare tutti questi particolari, e farne altrettante leggi: che anzi è necessario che questi par-

ticolari abbiano in loro stessi la pruova di raccogliersi sotto una tal legge e di ammetterne l'applicazione. È ufficio dunque dell'applicazione della legge riportare questi particolari al loro vero elemento generale, e svolgere i principii del dritto nella specialità. L'applicazione dunque forma la vita successiva della legge, e toglie ad essa il carattere d'una sterile astrazione. L'opinione che sia possibile indicare singolarmente tutti i casi particolari di applicazione, e sottrarre in tal modo la legge allo sviluppo scientifico e giudiziario, ha contribuito anche nei tempi più recenti a togliere ad un Codice per tutt'altro eccellente quella parte di vita, di cui non avrebbe certo altrimenti mancato. L'applicazione della legge ai particolari, che sebbene non estranei a questa, non sono però come essa e con essa espressi è perciò differente dalla interpetrazione estensiva, la quale può certo creare per una legge una sfera maggiore di estensione, ma limita questa ai soli fatti già antiveduti. Quando nell' applicazione della legge se ne considera il motivo come l'elemento che dovrà essere svolto ed esteso, ed il suo spirito o il dritto come la parte vitale di essa, sorge la quistione, se cessando un tale motivo, cessi pure per se stessa ed immediatamente anche quella. Ove volesse risolversi una tale quistione affermativamente, si priverebbe la legge d'un elemento essenziale, del categorico della sua forma, e farebbesi dipendere la validità di essa dal suo spirito; se per la negativa, parrebbe avers ene in poca considerazione lo spirito, particolarmente quando i motivi d'una legge sono espressi con essa.

XI.

Astrattamente da queste riflessioni, le quali riguardano il motivo determinante delle leggi, hanno queste uno sviluppo naturale, ossia esse sono fatte per essere applicate: e perchè più leggi possono avere un medesimo obbietto, è necessità stabilire delle regole per una tale collisione. Finiscono infine le leggi coll'es-

sere abolite. Alla dottrina dei Rescritti, come leggi speciali, si connette necessariamente quella del dritto consuetudinario, o del *jus non scriptum*.

Nei Rescritti la mente del legislatore non si eleva ad un principio scientifico, ma prende in considerazione un bisogno speciale; ancor più particolare è la forma della origine del dritto consuetudinario, giacchè in questo è il bisogno istesso, che produce la legge, senzachè per essere soddisfatto si volga al potere legislativo. Per una tale specialità della sua origine il dritto consuetudinario non può mai elevarsi alla generalità di legge, ma può essere noto o sconosciuto, e distinguesi dalle altre leggi in ciò che ha bisogno di essere pruovato, e non ha forza legislativa ed immediata. Nel dritto consuetudinario un bisogno speciale crea a se stesso la propria legge: se debbasi considerarlo come elemento di opposizione alle leggi, o dovesse solamente apparecchiare e preparare la materia per queste, quale sia il posto che dovrà assegnarglisi, sono altrettante quistioni, la cui soluzione dipende dal grado di civiltà dei popoli.

È strano, che in questi tempi, nei quali il dritto consuetudinario ha quasi perduta ogni importanza, quando la legislazione è così attiva da non lasciare insinuarvisi alcuna consuetudine, che in un tempo in cui la forza dell'universale su tutto quanto è particolare è sì predominante che manca a questo la possibilità di creare leggi proprie, siasi più che mai parlato della eccellenza del dritto consuetudinario e della inutilità della legislazione, sebbene parli in contrario l'esempio dell'Inghilterra, alla quale oppressa dal peso delle sue consuetudini riesce quasi impossibile provvedere al male con misure legislative.

XII.

Se il dritto consuetudinario è in opposizione col nostro tempo e colla nostra civiltà, più conforme all'uno ed all'altra è la giurisprudenza, che potrebbesi considerare solamente da un lato come parte d'un tal

dritto, ma prende a suo fondamento la legge ed il Codice, nè si origina da un bisogno speciale, che anzi è lo svolgimento dell' universale nei particolari, formandone questo la fonte ed il punto di cominciamento. La giurisprudenza, come la legislazione istessa, ha la sua origine nella scienza, ed assicura alla legge una stabilità ed uno sviluppo, che non si potrebbero ottenere per quanto grande fosse il desiderio e la smania delle Novelle. Se da una parte una legislazione, la quale consistesse della sola giurisprudenza, mancherebbe d' ogni certezza, come per esempio l' Inglese, quella dall' altra, che ne sarebbe al tutto priva, dovrebbe giovarsi di perenni dichiarazioni e di ripetute determinazioni, per poi essere formolata senza alcun lavoro organico in una novella compilazione.

XIII.

Nelle pagine precedenti noi abbiamo svolto e rappresentato il dritto come legge. Alle due forme principali degli Editti e dei Rescritti osservammo connettersi il dritto consuetudinario e la giurisprudenza. In tutte queste forme, negli Editti come nei Rescritti, nel dritto consuetudinario e nella giurisprudenza, sia che vengano originate da un bisogno particolare o da un principio universale, trattasi di determinazioni generali, che stanno per tutti e contro tutti. Ma quando la differenza di coloro i quali sono il subbietto della legge addiviene obbietto della legislazione e si riflette anche in questa, la legislazione perde il suo carattere di generalità, e gl'individui che ne formano il subbietto non sono più tutti eguali davanti alla legge, ma questa accorda ad uno un dritto, che non accommuna ad un altro. Un tal favore o si connette ad una qualità generale, come a quella di famiglia, e di classe, *(jus singulare)* o si rapporta alla individualità personale *(privilegium)*. In tal caso non interessa, quale sia l' origine della legge; un privilegio può esser dato mediante un Editto o un Rescritto: ciocchè lo distingue si è lo scopo speciale. Ma

perchè ha sempre bisogno dell' elemento generale per avere forza legislativa, questo consiste in ciò, che sia riconosciuto universalmente, e valga contro tutti come una vera legge. Non importa alcuna differenza se il privilegio giovi o nuoccia all' individuo; è solo essenziale che valga come legge, e che si rapporti agl' individui, benchè un tal privilegio possa essere *odiosum* o *favorabile*.

XIV.

Perchè il dritto dalle sue forme obbiettive si è tradotto in privilegio, e si è cambiato in dritto individuale, esso ha deposto la sua forma generale legislativa, ed è addivenuto dritto degl' individui, della persona. Ordinariamente trattasi del dritto delle persone nella parte generale, ma non è detto, come dalle forme del dritto e della legge possa passarsi alla persona. È questa definita il subbietto del dritto, e tale si è indubitatamente, ma in questa deffinizione comunemente non credesi necessario pruovare come la persona addivenga appunto il contrario, ossia come addivenga essa stessa un dritto. Quando voglia concepirsi un vero sistema di dritto, è necessario stabilire un rapporto fra le sue forme del dritto e la persona: nè basta che si deffinisca questa come il subbietto del dritto, perchè sia lecito parlarne. Il passaggio dalle forme del dritto alla persona è il privilegio, ch' è il momento, in cui l' elemento individuale si manifesta nella legge e lo eleva a personalità. Certo dove ogni uomo è una persona, come nelle presenti condizioni della nostra società, la persona prende essa pure un carattere universale, ma in Roma essa ha qualche cosa del privilegio, ed è il solo momento di passaggio dalla legge alla persona.

Ma la persona è essenzialmente viva e fisica: ed è questo il momento di prendere in considerazione le differenze di nascita, del sesso, la sanità del corpo e della mente, l' età, la presenza e l' assenza. Ogni individuo ha perciò un dritto come persona, ed ha an-

che quello di essere riconosciuta come tale. Un tale riconoscimento forma appunto il suo onore, l'ombra senza la quale non potrebbe vivere. Quì cade in acconcio la dottrina sulla *exstimatio*, del minoramento e della perdita totale di questa, come pure quella dei motivi e degli effetti dell'infamia ecc. L'*infamia* è una di quelle materie, dal cui studio, come da quello d'una gran parte del dritto Giustinianeo, niente altro si apprende che storia del dritto.

XV.

I più dei libri d'istituzione quando parlano della persona, trattano pure la dottrina dello *status*, e quella della parentela. Ma non può concepirsi come possa trattarsi d'una parte del dritto di famiglia, qual'è indubitatamente la parentela, quando è parola della persona astratta. Dovrebbesi colla medesima ragione trattare del matrimonio della patria potestà e della tutela. L'essere parente è forse una qualità più astratta della persona anzi che l'essere conjuge, padre, tutore? Molti pure lo avvertirono, e perciò parlando della persona trattano anche di tutto il dritto di famiglia, e si soffermano alla importanza del *jus personarum* dei Romani. Ma anche nell'essere in tal modo conseguente si fa pruova d'un difetto compiuto d'un concepimento vero e sistematico del dritto. Perchè il dritto della famiglia è senza dubbio l'ultimo momento del dritto privato, e suppone la proprietà ed il sistema delle obbligazioni, giacchè contiene l'una e l'altro mediatamente nella *dos*, nel *peculium* ecc. sarebbe dunque necessario, che il dritto di proprietà, che è sì essenziale per la famiglia, fosse trattato preventivamento ed assolutamente. Ciò rilevasi più che altrove manifestamente nella dote, dove trattasi dei più importanti rapporti di proprietà e delle obbligazioni, che debbonsi necessariamente prendere in considerazione pria che fosse parola della dote istessa. Se dunque non vi ha ragione di disgiungere la parentela dal dritto di famiglia, la trattazione parziale di questo quan-

do parlasi della persona astratta, annulla in generale ogni procedimento sistematico. Il *jus personarum* Romano ha la sua ragione solamente nella molta leggiera considerazione, che in occasione della famiglia parlasi più sovente che altrove delle persone, come se così considerato l' intero dritto non fosse esso stesso un *jus personarum*.

XVI.

La persona fu sopra indicata come essenzialmente fisica: sicchè la sua morte è la fine giuridica di essa. Se alcuno dunque viva o sia morto sarà obbietto delle determinazioni giuridiche. Quì cadono in acconcio le presunzioni sulla durata della vita. Ma se la persona è essenzialmente fisica, può nondimeno il pensiero dell' uomo dare il carattere della personalità ad un essere generale e certo non vivente, e creare in tal modo l'astrazione d' una persona morale e giuridica. Nella sua essenza la persona morale giuridica può essere tanto poco quì trattata, quanto la parentela, giacchè essa per esistere abbisogna della società civile e della corporazione. Ma perchè queste non fanno parte del dritto privato, così quante volte voglia trattarsi la dottrina della persona morale, ciò riesce possibile solo quando è parola della persona nella sua espressione astratta, tanto più che non prendesi in considerazione l' essenza istessa di essa, ma il suo valore come persona. Se dunque quì parlasi del Fisco, non è in alcun modo necessario esaminare i dritti e la natura dello Stato, ma il Fisco è obbietto di considerazione sotto il solo rapporto di persona astratta.

Il dritto si è svolto fin ora nelle diverse forme legislative, e poi nella sua forma subbiettiva, come persona. Le une e l' altra si accordano in modo, che se il dritto per valere dev' essere a notizia della persona, la persona dall' altra parte dee essere nel dritto, ossia, deve conoscerlo. L' ignoranza di dritto (*ignorantia juris*) è perciò l' elemento, che separa la persona dal dritto obbiettivo, è l' assoluta ingiustizia dell' astratta persona contro il dritto.

L' ignoranza dei fatti, sui quali si fonda il dritto (*ignorantia facti*) può assimigliarsi alcune volte alla ignoranza di dritto, può essere altre volte in opposizione di questa; in tal caso non deesi considerarla come una ingiustizia, nè come una colpa. Nella *ignorantia juris* la persona è in disarmonia col dritto obbiettivo: fa d' uopo che una tale disarmonia venga rimossa, il che avviene coi giudizii, che tendono ad attuare il dritto, ed a ristabilire l' unità di questo nella sua forma obbiettiva e subbiettiva.

Il primo modo ed il più naturale di farsi giustizia, e di attuare il dritto è il ricorso e l' uso delle proprie forze. Ma perchè l' esecuzione del dritto suppone un terzo elemento indipendente dalle due persone litiganti, questo modo tutto naturale di farsi giustizia è esso stesso una ingiustizia, che non può raggiungere il suo scopo, e che ove lo facesse dovrà essere punito. Il solo intervento del potere giudiziario è da tanto da conciliare la differenza. Un tale appello che si fa al giudice è appunto l' *azione*. Ma le *azioni* sono differenti secondo la diversità delle forme di procedere, dei motivi dai quali muovono, e la materia del dritto, che serve loro di fondamento. Le differenze delle azioni per dritto Romano hanno questa triplice ragione. Ma perchè nell' ultima di queste le azioni s' identificano col contenuto del dritto, non potrà farsi a meno nell'esposizione astratta dello svolgimento del dritto di dire qualche cosa del contenuto concreto di esso. Nelle *actiones*, per esempio, *stricti juris* e *bonae fidei* si contiene tanto della materia istessa del dritto, che potrebbe dirsi, che questo sia interamente compreso in quelle. Ma l' esposizione dovrà essere il più che possibile breve e limitata rimettendo il resto al dritto delle obbligazioni. Perchè le azioni possono avere una origine differente, è possibile il *concorso* di esse. Una serie di conseguenti determinazioni dovrà stabilire, quando un' azione valga a cancellarne un' altra, o più di esse possano coesistere insieme. La natura delle azioni vale pure a farci conoscere, s' esse si attengano semplicemente ed esclusi-

vamente alla persona, o sieno capaci d' un passaggio attivo e passivo. Le azioni hanno in fine un tempo, che serve loro di durata, ed al decorrere del quale si estinguono, *prescrizione extinctiva.*

L' azione è l' appello fatto al potere giudiziario, perchè intervenisse per attuare il dritto che vien negato: ad essa può opporsi il diniego, l'eccezione per ragioni di fatto o di dritto. Anche per un tale diniego è necessario l' intervento del potere giudiziario. È possibile, che una tale eccezione venga pure negata, e che si abbia in tal modo la *replicatio*, *duplicatio triplicatio*, ecc. con perenne processo di domande e risposte, che debbonsi limitare perchè non si protraessero indefinitamente.

Le azioni, le eccezioni ecc. sono altrettanti elementi parziali, discordanti fra loro, senza essere formolati in un tutto. Esprimono le diverse affermazioni degl' individui in rapporto dei loro dritti. La lite, di cui le azioni, le eccezioni ecc. sono altrettanti momenti, non ancora è raccolta in un insieme nè costituisce un tutto. Una tale unità comincia colla *litis contestatio*, che è il fatto, con cui il processo giudiziario è sostituito al semplice litigio delle parti, ed un novello rapporto prende le veci dell' antico. Soltanto da questo momento può parlarsi d'un processo giudiziario come di qualche cosa d' indipendente e che formi un tutto.

Solo quando la lite sarà stata formolata in un insieme nella *litis contestatio* cade in acconcio parlare delle pruove, mediante le quali il processo giudiziario dalla sua generalità addiviene più determinato e più maturo per essere deciso. Nella *litis contestatio* si riconosce solamente e si conferma la lite; nella pruova questa è riportata alla sua origine, perchè potesse rilevarsi la ragione dell' una o dell' altra parte. Quì cade in acconcio parlare di quello che abbiasi a pruovare, chi lo debba e come. Alla dottrina delle pruove si connette quella delle presunzioni.

Queste non sono che altrettante pruove immantinenti nella cosa istessa, che non hanno bisogno di esse-

re tratte o svolte da quella, nè di mezzi esterni per produrre un convincimento: ma la presunzione esiste, solo che l'esistenza istessa della cosa vale ad eccitare una persuasione. Le presunzioni distinguonsi per la loro intima forza secondo ch'esse sieno irrefragabili, o ammettano una contropruova, o pure valgano soltanto ad afforzare la pruova.

Il processo giudiziario si chiude colla decisione del magistrato. È questo il momento di determinare chi debba decidere, come pure quello di trattare la dottrina della *jurisdictio*, e degli effetti della decisione, *res judicata*. Trattando gli effetti della *res judicata* cade in acconcio la considerazione delle persone, che non possono essere giudicate assolutamente, nè come la cosa istessa lo richiederebbe, e per le quali il processo giudiziario si modifica per ragioni subbiettive, *beneficium competentiae*. Alcuni, come Heise, parlano del *beneficium competentiae* in occasione dell'adempimento delle obbligazioni, sebbene la trattazione di esso cada nella determinazione dei termini, nei quali è circoscritta l'esecuzione d'un giudizio. Deesi dunque trattarlo parlando degli effetti della *res judicata*, il che fu bene e rettamente osservato da *Mühlembruch* nel suo ordine sistematico delle materie del dritto.

La decisione astrattamente dalla sua rettitudine o ingiustizia pone invero un termine al processo giudiziario, ma non contiene in se stessa l'elemento reale della sua esecuzione. Non basta la sola decisione, perchè la differenza delle parti siasi conciliata, e sia dato o riconosciuto ad una di esse quello che dall'altra negavasi. È necessario a raggiungere compiutamente un tale scopo, che una tale decisione venga attuata, ossia eseguita. Quì però si eleva il sospetto che manchino oggetti sufficienti, sui quali possa eseguirsi. Non basta la decisione per se sola nè la semplice possibilità astratta della sua esecuzione, è anche necessaria la sicurezza che potrà essere un giorno eseguita. Una tale sicurezza non potrebbesi invero pretendere prima della decisione: ma perchè

essa torna più che altrove utile appunto in quei casi nei quali non è ancora possibile una esecuzione, ed è pure indispensabile che si abbia, è perciò che può alcune volte prevenire il giudizio. Può ottenersi quando con un ordine e con una decisione del magistrato, dando questi ad una parte litigante il possesso dei beni dell' altro « *immissio in possessionem* », quando col vietare solamente l'alienazione che potesse farne il possessore, *sequestro*, o infine colla scambievole sicurezza, che si dieno le parti fra loro colla *cauzione*, o mettendo al sicuro la cosa in litigio depositandola.

XVII.

Colla decisione del magistrato è rimossa la differenza fra il dritto e la persona: è forza per questa acquetarsi ad una tale sentenza, che decide per quale delle due parti litiganti sta il dritto. Ma in alcune condizioni e rapporti ammettersi una reazione contro il dritto, la facoltà di lasciarsi *restituire* contro quello che apparentemente è dritto. Il fatto, col quale l' antico stato di cose giuridicamente perduto è rimesso, quasi che perduto non fosse, rimuovendone il novello, è detto *restitutio in integrum*. È indubitato, che questa dottrina è la causa della più grande difficoltà per gli uomini sistematici. Alcuni, come Heise, ne parlano alla fine, quando compiuta è la trattazione di qualunque altra materia, come se la *restitutio in integrum* fosse il rovescio di tutto il sistema del dritto: in parte è ciò vero, ma solo quando si consideri nella sua forma. Nella *restitutione in integrum* purchè esistano le necessarie condizioni, è indifferente contro quale elemento di dritto venga alcuno *restituito*, se contro un contratto, un affitto, un matrimonio ecc. La *restitutio* è perciò al tutto estranea al contenuto del dritto, la trattazione di essa cade nel momento, in cui parlasi del dritto in generale, e non delle determinazioni di questo. La *restitutio* è il rovescio di tutto il processo del dritto considerato nella sua forma astratta, sicchè dovrà essere trattata infine delle

dottrine, in cui è parola della esecuzione del dritto in generale. Se in altra occasione di accordo con Haubold questa dottrina fu collocata alla fine del dritto delle obbligazioni ([1]), ora è forza confessare, che altutto insignificanti e leggerissime furono le ragioni, che determinarono un tale ordinamento. Come il più delle volte, così anche in questa occasione Mühlembruch ha divinato il vero. Colla *restitutio in integrum* tutto quanto era processo astratto del dritto cede a qualche cosa di più concreto, alla considerazione della persona e dei dritti di questa.

XVIII.

Di rincontro alla persona vi ha qualche cosa di esterno, una natura, che in se stessa manca di libertà e di dritto. Come mancante di libertà e di dritto questa è soggetta alla persona, che dovrà darsi una realtà in essa, appropriarsela. Per una tale realtà che la persona da a se stessa nelle cose, fu usato fin da Kant il nome pur troppo strano di dritti reali, e quello al tutto Romano di dritti delle cose: ma le cose non hanno dritti, nè i dritti sono cose. Per tutti questi rapporti della persona colla natura esterna, in cui quella colloca la sua volontà, io ho adoperata la denominazione generale di dritto di proprietà. Sicchè tutti i così detti dritti reali sono altrettanti dritti di proprietà, e la sola distinzione si è, che alcune volte tutti, altre volte soltanto alcuni elementi della proprietà trovansi in essi. Il processo che tiene la persona per giungere alla proprietà è il seguente.

Fin dalle prime si avviene la persona a qualche cosa di esterno, alle cose. Per quanto queste possano essere considerate diversamente nel loro processo storico naturale sono sempre però per loro stesse incapaci di formare un sistema di dritto. E pure in ogni compendio, ed in tutti i libri d' istituzione trovasi una trattazione

([1]) Gans, *Dritto delle obbligazioni* p. 168.

speciale sulle cose. Per una tale natura delle cose di mancare cioè interamente d' un carattere giuridico, è impossibile parlarne altrimenti che riportandole alle persone, e per quanto svariate sieno le distinzioni che facciasi di esse, trattasi sempre di determinare a chi si appartengano, se sieno *res in commercio extra commercium*, *nullius* ecc. in qual modo si convertano in proprietà, quando rappresentano altre cose o stieno per loro stesse, se sieno accessorie o principali. Sebbene rigorosamente parlando non sia possibile alcuna dottrina speciale di esse, possonsi però considerare astrattamente dalla proprietà, ma anche in questa astrazione è sempre necessario che abbiano l' impronta di questa. Ciocchè in tali cose si considera, niente altro si è, che quello che è rimasto in esse di proprietà, ed è questo elemento, che ne forma una categoria speciale. Quando parlasi d' una *res divini juris*, di una *res communis*, *res publica*, formano queste distinzioni altrettante categorie, le quali sono fuori delle cose istesse, e si rapportano a colui, che ha collocata in esse la sua volontà.

Quì cade in acconcio esaminare, se una cosa serva come una proprietà speciale, e debba essere concepita sempre come tale, o pure avente una espressione universale rappresenti colla sua sola esistenza la proprietà di colui da cui è posseduta. Tutte le cose, le quali hanno la capacità di rappresentare le altre, e più di qualunque altra il denaro, hanno qualche cosa di universale, e questa capacità di rappresentazione cancella in esse quello che hanno d' individuale. Il denaro è l' anima delle altre cose tutte, è l' espressione la più universale, è il valore di esse. Nel denaro si è perciò cancellata la qualità di cosa, giacchè esso è tale, che senza abbisognare di altra determinazione porta già in se stesso l' impronta della proprietà. Le cose possono pure essere considerate singolarmente, o in un insieme, sicchè formino un tutto: ma anche una tale considerazione sarebbe al tutto vana, quando non si ponesse mente alle differenze, che provengono dalla diversità dei rapporti di proprietà.

Hanno ancora le cose un rapporto con loro stesse, e questo le distingue come cose principali, o accessorie; ma è sempre il rapporto di proprietà, che pone una tale distinzione, giacchè senza di esso non vi ha differenza di cose principali o accessorie. Per queste ultime è necessario distinguere, se provengano dallo sviluppo organico della cosa principale, e si ha la dottrina sui *frutti*, o pure invece di provenire dalla cosa istessa si perdano e si confondano con questa, *spese* ed *interessi*, o se infine si aggiungano esternamente e meccanicamente, ed in modo da poterne essere segregate, dottrina delle *pertinenze*.

Fin ora le cose furono considerate astrattamente dalla proprietà, e sebbene non abbiano per loro stesse alcun posto nel sistema del dritto, furono però distinte in diverse categorie secondo le differenze, che sono sempre però il prodotto del rapporto di proprietà. Ci facciamo ora a trattare delle relazioni vere della persona colle cose: ed il primo momento di contatto fra loro è il possesso.

XIX.

Il posto, che deesi assegnare al possesso nel sistema del dritto, considerato sia assolutamente, sia per dritto Romano, è troppo importante, perchè non dovesse essere l'obbietto d'una più speciale considerazione; tanto più che nel libro per tutt'altro eccellente di Savigny *sul possesso*, il concetto di questo, o quello che torna il medesimo, il suo posto nel sistemo del dritto è svolto in un modo poco soddisfacente. È avanti tutto necessario esporre la dottrina di Savigny, per poi poterne indicare i difetti. Ed una tale critica valga come una pruova d'imparzialità, giacchè la stessa erronea opinione, che cercasi ora confutare contro Savigny, fu adottata nel *Dritto delle obbligazioni* [1]. È ben noto, che Savigny fonda la sua dottrina sul pensiero, che il possesso o la de-

[1] *Gans*, *Dritto delle obbligazioni* p. 167.

tenzione non abbia primitivamente nulla di giuridico, ma che sia uno stato tutto naturale, a cui come qualche cosa di giuridico sta di rincontro la proprietà. Tutta questa dottrina può essere brevemente concepita nei seguenti principii: il proprietario ha il dritto di possedere; il medesimo dritto si avviene a colui, a cui il proprietario ceda il possesso; deesi però negare a qualunque altro (*Possesso*, sec. ed. p. 2. 3.)—Ma il dritto Romano non parla solamente del dritto di possedere, esso riconosce un dritto anche al possesso, e tratta dei dritti del possesso; ciò facendo ammette questo come uno stato giuridico. Sicchè Savigny considerando il possesso come uno stato puramente naturale, come un semplice fatto, fa rimprovero al dritto Romano di avere cambiata in giuridica una condizione di cose al tutto naturale. E sembra pure conseguente l' opinare, che negandosi al possesso un carattere naturalmente giuridico, giacchè questo lo riconoscerebbe solamente dalle leggi, tutt' altra legislazione potrebbe statuirne altrimenti, e non assegnare al possesso alcun altro posto nel sistema del dritto, che quello che compete ad esso come effetto della proprietà.

Contro questa distinzione d'uno stato naturale e giuridico, del dritto e del fatto, potrebbesi osservare, che ai dritti stanno come fondamento altrettanti fatti, che su questi si fondano i rapporti giuridici, e che ogni fatto, che è ammesso nel dritto, prende con ciò un carattere giuridico. Ed ove si volesse essere conseguente alla esposta opinione potrebbesi con uguale ragione affermare, che anche il matrimonio sia un fatto, ed Hasse non ha mancato di dichiararlo francamente. Ma con ciò nulla sarebbe provato, quando non si aggiunga, che un tal fatto è per se stesso d'una natura giuridica. Gl' Indiani elevano a rapporto di dritto i fatti i più bizzarri senza che perciò si cambii la natura di questi; un tale cambiamento non può avvenire altrimenti che collo spirito del dritto: volerli indicare come semplici fatti, che per loro stessi si convertano in dritto, gioverebbe poco.

Savigny è alieno dal considerare il possesso come un elemento tutto positivo del dritto Romano, che anzi egli cerca investigare e spiegare, come il possesso possa convertirsi in un principio di dritto. A ciò pruovare ragiona nel seguente modo. « Chi ha il semplice possesso d' una cosa, non ha con ciò alcun dritto, ma ha quello però di poter pretendere da ciascuno, che non gli venga fatta alcuna violenza. Ove ciò avvenisse, il possessore potrebbe respingere la violenza cogl' Interdetti : ed è questo quello, che pone il carattere giuridico del possesso : ciocchè manca al possesso perchè fosse un dritto, l' ottiene dalla ingiustizia, che vien fatta al possessore colla violenza ». Una tale dottrina sul possesso è solamente compatibile con una leggierissima considerazione d' una tale materia, ed è a farsi le meraviglie, che uno scrittore tanto ingegnoso l' abbia più volte ripetuta nelle diverse edizioni del suo Libro. Ci piace prenderla brevemente ad obbietto della presente critica.

Affermasi, che il possesso non imperti per se stesso alcun dritto : chi dunque possiede, non ha alcun dritto sulla cosa. Ma potrebbesi dimandare, perchè in tutte le legislazioni si associano dei dritti al semplice possesso ? Da Savigny si risponde : essendo la violenza per se stessa una ingiustizia, il possessore non può esserne cacciato violentemente. Il dritto del possesso si fonderebbe dunque solamente sulla necessità, che alcuno sia difeso contro una violenza, che gli vien fatta : sicchè l' ingiustizia sarebbe la genesi del dritto, che compete al possessore.

In ciò appunto si ripone la debolezza del sistema di Savigny. Una ingiustizia non è possibile senza la preesistenza d'un dritto, nè questo potrà mai originarsi da quella, che è appunto la negazione d' ogni dritto, e lo suppone necessariamente. Quando io sono violato, è necessità, che lo fosse anche il mio dritto ; quando mi si fa violenza, questa non è altrimenti possibile, che violentando un dritto, che mi compete. Savigny è incorso nell' errore di ammettere una violenza senza concepire l'obbietto, sul quale si eserci-

ti; ha avuto il torto di opinare, che quella fosse possibile contro un possessore, che non abbia alcun dritto. E come mai sarebbe questo possibile? quando io mi approprio qualche cosa, chi ne sarebbe offeso quando niuno ne avesse il dritto? Ma si vuole forse dire che la violenza sarebbe usata contro la persona, che fortuitamente possiede? In tal caso ne sarebbe la persona violata, e ciò darebbe occasione ad una querela; ma come mai potrebbe essere il possesso garantito da un'azione di dritto, dagl' Interdetti possessorii, quando ad esso, che non sarebbe per se stesso un dritto, non potrebbesi in conseguenza fare alcuna violenza? Se una ingiustizia fosse da tanto da tradurre in dritto il semplice possesso, che secondo l'opinione di Savigny mancherebbe d'ogni carattere giuridico, tutti i possessori dovrebbero saper grado a coloro, che usassero contro essi la violenza, perchè questa convertirebbe in dritto un semplice fatto, che non lo era.

Savigny infine ha egli stesso sentita l'incongruenza d'una tale deduzione, e tentò proporre fra la sua opinione e l'opposta un mezzo di conciliazione, che è ancor più incongruente. Ci piace riportare le sue proprie parole, (*Possesso*, p. 8.). « Diversamente da noi opinarono i più, i quali non videro nella violazione del possesso, che una violazione di dritto materiale, considerarono quello come un dritto, e particolarmente come una presunta proprietà, e le azioni possessorie come altrettante *vindicazioni* provvisorie. Una tale opinione, come pure l'elemento pratico di essa, saranno in seguito combattuti diffusamente da noi. Quì cade l'acconcio di accennare quello che è vero di tutta l'opinione, perchè da ciò potrebbe forse risultare un mezzo di conciliazione. L'ingiustizia sopra indicata non deesi intendere in modo, che si considerino gl' Interdetti possessorii come una necessaria e diretta conseguenza, che ripetessero un carattere giuridico dalla violenza. Che anzi un tal fatto, che il possesso debba concedersi novellamente a colui che ne fu violentemente spogliato, senza alcun riguardo s'egli abbia un vero dritto alla cosa, è tutto positivo. *Quando si di-*

mandi la ragione, perchè siasi provveduto a garantire il possesso contro la violenza, ossia, perchè il possessore spogliato del possesso (forse ingiusto) debba novellamente ricuperarlo, può dirsi, che una tale ragione si riponga nella generale presunzione, che il possessore ne sia pure il proprietario. Soltanto sotto un tale riguardo potrebbesi considerare il possesso come un'ombra della proprietà, come una presunta proprietà: questa presunzione però potrebbe servire di fondamento alla istituzione giuridica del possesso in generale, ma non essere ragione d'un possesso concreto. Una tale ragione si ripone piuttosto nella necessità d'una garantia contro qualunque violazione, *donde pure gl' interdetti possessorii prendono una natura obbligatoria, senza che però potessero valere come altrettante* VINDICAZIONI *provvisorie* ». Diversamente da Savigny opinano coloro, i quali considerano il possesso come un dritto in se stesso, e particolarmente come una presunta proprietà; e non v'ha dubbio, che rilevante non poco è una tale differenza. Anche Savigny non pensa dovere al tutto rigettare l'opinione contraria, che anzi non lascia d'indicare quello che vi ha di vero in essa, perchè ne possa conseguire un mezzo di conciliazione. L'ingiustizia di cui egli fa parola non vorrebbesi intesa in modo, che dalla sua natura consegna la *restituzione* del possesso, ma si asserisce, che un tale risultato della violenza, che all'espulso possessore ritorni novellamente il possesso senza alcuna considerazione s'egli abbia realmente dritto sulla cosa, sia una istituzione al tutto positiva. Ci è forza confessare di non intendere una tale dottrina. Il principio positivo del dritto Romano, che il possesso debba essere garantito mediante gl' interdetti, abbisognerebbe esso stesso d'una spiegazione, e questa sarebbe secondo Savigny, che l'ingiustizia, che si accompagna ad ogni violenza, vale a convertire il possesso in un dritto: ma una tale spiegazione avrebbe bisogno essa pure di essere spiegata. Quando questa opinione fosse vera, dovrebbesi considerare come al tutto irragionevole il drit-

to Romano: e non potrebbesi fare a meno di non ripetere novellamente la quistione, perchè si riconoscono dei dritti al semplice e forse all'ingiusto possesso? E quando domandasi la ragione perchè ammettesi un tal mezzo di difesa contro l'ingiusta violenza, Savigny risponde, che una tale ragione si riponga nella generale presunzione, che il possessoro ne sia pure il proprietario. È questa una ben diversa spiegazione, alla quale ricorre Savigny; egli abbandona la sua prima opinione volgendosi all'opposta. Non può però concepirsi, come un tale cambiamento possa denominarsi conciliazione. Ci rimane infine a prendere in esame la riserba che Savigny appone alla sua dottrina, ossia, « che una tale ragione riguarda il possesso in generale, e non un possesso concreto ». La proposizione, che la ragione del possesso concreto si riponga nella necessità d'un mezzo di garantia contro qualunque violazione non vale in alcun modo a conciliare le opposte opinioni, giacchè fin dalle prime non trattavasi, che di porre il fondamento al possesso in generale: del resto non può concepirsi, come la ragione d'un possesso particolare e concreto si riponga nella necessità d'un patrocinio contro la violenza, quella per contrario del possesso generale nella presunzione di proprietà. In che può distinguersi la ragione dell'uno da quella dell'altro? Può certo un possesso concreto e determinato avere una origine ed un titolo diverso, ma non mai un fondamento giuridico differente da quello, che si richiede per il possesso astratto o generale. Non è dunque una semplice conciliazione quella proposta da Savigny, ma un vero cambiamento, è il passaggio dalla opinione propria all'opposta.

Abbiamo ora a considerare, se questa opposta opinione, che considera il possesso come una presunta proprietà, sia più vera e meglio fondata. Alla denominazione *presunta proprietà* si desta il pensiero, cho la ragione giuridica del possesso si riponga nella presunzione, che il possessore ne sia pure il proprietario, donde segue cho si mancherebbe al tutto di

dritto in difetto d'una tale presunzione. Ma anche il ladro possiede al pari di qualunque altro, e sebbene universalmente conoscasi da ciascuno, che fu rubata la singola cosa ch' egli possiede, e manchi in tal caso la presunzione di proprietà, pure perchè il suo dritto è garantito, deesi conchiudere, che ammettesi un possesso giuridico, che non si fonda sopra una simigliante presunzione. Non può del resto concepirsi, come una tale presunzione possa per se sola convertire il possesso in dritto. Per quanto poco una ingiustizia è da tanto da produrre un tale cambiamento, molto meno lo può la presunzione, che il possessore sia pure proprietario. Il concetto che possa aversi d' una cosa non vale a cambiarne la natura, nè a tradurla in dritto, ma è necessario ch' essa abbia in se stessa un carattere giuridico.

La ragione giuridica del possesso non si ripone in una presunzione, molto meno nella necessità d' una garantia contro l' ingiusta violenza, ma piuttosto e soltanto in esso stesso, o meglio nel rapporto della persona colla cosa. Ogni dritto di proprietà si fonda sulla realtà esclusiva, che la persona da a se stessa in una cosa. Ma la volontà, colla quale una persona si apprende ad un obbietto, può essere o puramente individuale, o universalmente riconosciuta; ciascuno può appropriarsi una cosa sol perchè vuole averla e senza darsi pensiero, se gli altri riconoscano un tale suo proposito, o intende averla col riconoscimento generale. Quando una tale appropriazione resta tutta individuale, nè si estende al di là dei limiti della volontà di colui che appropria, si ha un principio puramente naturale di proprietà, il *possesso*; ma quando questo viene universalmente riconosciuto, si converte in vera proprietà. Che se alcuno dimandi, perchè la volontà individuale sia garentita dalle leggi, può rispondersi, che questa anche nella sua individualità è in se stessa qualche cosa di sostanziale, che ha bisogno ed ha dritto di essere difesa, dovendosi piegare solamente ad una volontà più alta e più universale. La ragione giuridica del possessore non si ripone dunque nella violenza altrui, molto meno nella

presunzione di proprietà, ma nella considerazione, che la volontà individuale della persona, quando prende realtà nelle cose, è per se stessa un dritto, e come tale dee essere pure trattata. Anche i Romani opinarono nel medesimo modo, ed è a farsi le maraviglie, che Savigny non vi abbia fatta attenzione. Paolo dice (L. 1. §. 1. D. h. t. 41 2): *dominiumque rerum naturali possessione coepisse Nerva filius ait, ejusque rei vestigium remanere de his quae terra mari coeloque capiuntur, nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderint. Item bello capta et insula in mari nata, et gemmae, lapilli, margaritae in litoribus inventae ejus fiunt, qui primus eorum possessionem nanctus est.* In queste parole è deffinito il concetto vero del possesso. Vi è detto, che la proprietà comincia con esso, o quello che torna il medesimo, che il possesso sia il cominciamento della proprietà. Vi si aggiunge, che vi abbiano anche oggi giorno oggetti, che non caddero ancora in commercio, e per i quali il possesso e la proprietà sono necessariamente confusi.

Riesce sommamente strano l'udire affermare del dritto Romano, che questo neghi al possesso il carattere giuridico considerandolo come un semplice fatto, che prende un tale carattere soltanto per il mezzo indiretto della querela contro la violenza: e tanto più riesce strano, quando si riflette, che secondo questo dritto il possesso ha la sua ragione nella volontà (*animus*), che sola basta alcune volte a conservare anche il perduto possesso corporale, ed espressamente vi si distingue l'elemento di fatto dallo spirituale e giuridico.

L. 29. D. *de adqu. vel am. poss.* (ULPIANUS).

Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat, non ut animo sed ut corpore desinat possidere. Quod est enim facti potest amittere. Alia causa est si forte enim possessionem velit amittere: hoc enim non potest.

Ulpiano con molta semplicità dice in questo brano, che un pupillo possa perdere senza l'*auctoritas* del

tutore ciocchè vi à puramente di fatto nel possesso, non può quello che si rapporta allo spirito ed alla volontà: egli pone esattamente i termini del fatto nel possesso, e lo limita a quanto vi è di corporale; ma anche il fatto cessa, quando l'*animus* penetra nella cosa, è questa la differenza del possesso come dritto e della semplice detenzione: *est autem longe diversum; aliud est enim possidere aliud in possessionem esse.*

È indubitato, che l'individuale volontà, la quale penetra una cosa, ed intende farla propria, dovrà potersi impossessare di essa in un modo possibile. Quando io avrò vincolato un uomo libero, che non trovasi sotto la mia *potestas*, io non possederò nè lui, nè per mezzo di lui le sue cose, giacchè mi si oppone la sua libera e propria volontà.

L. 23. §. D. *de adq. vel am. poss.* (*Javolenus*).

Item quaero si vinxero liberum hominum, ita, ut eum possideam, an omnia quae is possidebat, ego possideam per illum? Respondit, si vinxeris hominem liberum, multo minus per illum res ejus a te possidebuntur: neque enim rerum natura recipit, ut per eum aliquid possidere possimus, quem civiliter in mea potestate non habeo.

L. 13. D. *eodem* (*Ulpianus*).

Pomponius refert, cum lapides in Tiberim demersi essent naufragio, et post tempus extracti, an dominium in integro fuit per id tempus, quo erant mersi? Ego dominium me retinere puto, possessionem non puto. Nec est simile fugitivo, namque fugitivus idcirco a nobis possidere videtur, ne ipse nos privet possessione: at in lapidibus diversum est.

In queste parole molto accuratamente si fa distinzione fra la proprietà (volontà generale), ed il possesso (volontà particolare). La prima continua anche quando la cosa si è sottratta al mio immediato dominio; non così il secondo, che è qualche cosa di più materiale. Ben altro avviene dello schiavo. Quando a questo riuscisse sottrarsi colla fuga alla mia individuale volontà, sarebbe necessario riprenderlo, aven-

do questi una volontà propria, che contradice alla sua qualità di schiavo. Egli si sottrae al mio possesso affermandosi libero.

A meglio pruovare, che il dritto Romano considera il possesso come un *jus* e non come un fatto crediamo utile riportare le parole dell'Imperadore Costantino, il quale dice nella L. *ult. C. de adq. et ret. poss.: nemo ambigit possessionis duplicem esse rationem*, *ALIAM QUAE JURE CONSISTIT*, *ALIA QUAE CORPORE*.

Noi ci siamo intrattenuti sulla natura del possesso molto più a lungo di quello che forse convenivasi nella presente occasione, ma il concetto del possesso è in tale connessione col posto, che gli si deve assegnare nel sistema del dritto, che credemmo indispensabile una considerazione alquanto profonda di esso. Savigny (*Possess.* p. 27) afferma, che il possesso faccia parte del dritto delle obbligazioni. Egli dice: giacchè la violenza è quella, che pone la ragione giuridica del possesso, e la violenza è un delitto, il possesso entra dunque nel novero delle *obligationes ex delicto:* così classificandolo un tale Autore è più che conseguente alla sua propria opinione, ma nel medesimo tempo annulla il concetto del possesso, giacchè anche il più volgare intelletto non potrebbe non rivoltarsi contro una tale classificazione. Noi per contrario consideriamo il possesso come il primo momento della proprietà, come la proprietà riguardata dal lato della volontà individuale, e lo collochiamo perciò d'accordo con Mühlenbruch nel novero dei *jura in re*. Anche quando Savigny volesse opporre ad una tale classificazione il principio Romano, *nec possessio et proprietas miscere debent*, o l'altro, *nihil commune habet proprietas cum possessione*, questi significano, che il possesso e la proprietà sono distinti fra loro, e certo non fu mai nostra intenzione negarlo.

XX.

Il possesso mediante l'usucapione non è più una proprietà semplicemente individuale, ma addiviene uni-

versalmente riconosciuta, e si converte in una proprietà compiuta, in cui la mia volontà si accorda colla volontà generale. E siccome la proprietà forma la sfera esterna della persona; così per questa non è solo possibile, ma è anche necessario avere una proprietà; non potendosi concepire l' una senza l' altra. Nel dritto Romano l'obbietto di questa è puramente corporale, ma secondo le idee moderne nel concetto della proprietà entra pure la possibilità d' un obbietto spirituale. La proprietà è essenzialmente esclusiva, sicchè tutte le possibili distinzioni rimangono sempre esterne all' essenza di essa, e le diverse specie di proprietà non sono che altrettanti elementi considerati parzialmente, e come indipendenti. Così per esempio, la distinzione fra il *dominium et bonae fidei possessio* non è in alcun modo assoluta, ma esprime semplicemente, se vi abbia una vera proprietà, o qualche cosa, che le si assomiglia: la divisione in *dominium utile et directum* si rapporta ai diversi elementi d'un medesimo dritto di proprietà: la quale nulla ostante queste differenze rimane sempre una e sola.

XXI.

I sistematici incontrarono le più grandi difficoltà nell' ordinare e classificare i diversi modi onde si acquista la proprietà. Le distinzioni, che si propongono da Heise, se la proprietà si acquisti per occupazione unilaterale o bilaterale o pure fortuitamente sono interamente esterne all'essenza istessa di questa, giacchè è al tutto indifferente, se la proprietà si acquisti per il fatto di uno o di più individui o fortuitamente. Anche gli altri modi di acquistare, che vogliónsi compresi sotto una tale categoria, sono al tutto arbitrarii. Non si concepisce infine, perchè la usucapione debbasi considerare come un fatto unilaterale, e l' acquisto dei frutti del *bonae fidei possessor* come un caso al tutto fortuito. Quando si volessero scientificamente ordinare i modi di acquistare, non si potrebbero ammettere altre distinzioni, che quelle intime ed inerenti alla

cosa istessa. La proprietà si acquista quando un individuo si pone con una cosa in un rapporto immediato e tutto naturale: ciò avviene mediante l'occupazione sia che questa occupi un obbietto realmente non soggetto ad alcun dominio, o che come tale si consideri, il bottino. Questo acquisto naturale avviene pure mediante l'accessione, che è appunto il contrario dell'occupazione, giacchè in questa è la persona che si avvicina alla cosa, in quella per contrario è la cosa, che pone se stessa in un immediato rapporto colla mia proprietà. La proprietà si acquista pure col cambiamento che vi produce la mia volontà convertendola in un'altra, *formazione;* questa può essere di tal natura, che la cosa novellamente formata o conservi la sua primitiva specialità, potendo sempre riprendere l'antiche forme, o tale che ne prenda altre al tutto diverse, *specificazione*. Si acquista infine la proprietà per volere dell'antico proprietario, o per decisione del magistrato, *aggiudicazione*, *tradizione*, alla quale si può pure assimigliare la *prescrizione*, giacchè questa suppone il tacito consenso del proprietario della cosa prescritta. Questi tre modi principali di acquistare la proprietà sono inerenti e risultano dalla natura di essa. Il rapporto della volontà alla cosa è o immediato, quando la volontà si volge alla cosa senza badare alla condizione primitiva di essa, o si giova delle cose istesse, cambiandole e facendo loro deporre la forma esterna e primitiva; o pure il passaggio della proprietà avviene col concorso di più volontà, nel quale caso la cosa prende un carattere tutto passivo, è consegnata, è aggiudicata, o prescritta. Le categorie per contrario dei modi di acquistare unilaterali, bilaterali, fortuiti sono al tutto esterne e senza essere tratte dalla cosa istessa sono altrettanti distinzioni apposte dal di fuori. Ritengonsi come modi di acquistare anche alcuni atti, che tali non sono. Così per per esempio, Heise fra i modi di acquistare al tutto fortuiti novera l'acquisto dei frutti dal *bonae fidei possessor*, il pagamento dei dazii, delle spese di riparazione, il

secondo matrimonio. Meno di qualunque altra dovrebbesi quì ammettere la categoria dei modi fortuiti di acquistare: è forse il secondo matrimonio più fortuito per l'acquirente che il semplice ritrovato? O pure la categoria dei modi fortuiti esprime il semplice difetto di attività da parte dell'acquirente? In tal caso dovrebbesi dire, che nè l'esazione dei dazii nè il secondo matrimonio sieno modi di acquistare, ma piuttosto cagioni di acquistare: e sebbene nella L. 14 *de publ.* (39. 4.) leggasi: « *commissa vectigalium nomine etiam ad heredem transmittuntur*, *nam quod commissum est statim desinit ejus esse*, *qui crimen contraxit*, *dominiumque rei vectigali adquiritur* », quì come in tutti i simiglianti casi, havvi soltanto una tacita aggiudicazione pronunziata dalla legge invece che lo fosse dal giudice essendo ogni simile perdita un' aggiudicazione ordinata anticipatamente dalla legge per tutti i casi determinati.

Fra le azioni, le quali garentiscono la proprietà io novero *l'actio ad exhibendum* e quella *de tigno junclo*, sebbene entrambe per la loro forma sembrino appartenere piuttosto al dritto delle obbligazioni. L'una di esse considerata come provvedimento preventivo, l'altra come indennizzazione della *rei vindicationis* hanno troppo poca indipendenza per essere allogate nel dritto delle obbligazioni astrattamente dalla *rei vindicatio.*

XXII.

È possibile considerare distintamente i diversi elementi della proprietà, sebbene niuno di essi possa sussistere assolutamente e per se stesso. Il proprietario ha certo l'usufrutto della sua proprietà, ma non ne è detto usufruttuario. Un usufruttuario è concepibile solo quando l'usufrutto è scompagnato dalla proprietà, e sta come un dritto speciale. È l'effetto del concepimento astratto della proprietà, che il proprietario si consideri sempre come tale, sebbene distinti e scompagnati sieno i diversi elementi del suo dominio, e prendano questi l'uno verso l'altro una esistenza spe-

ciale ed indipendente. Un dritto materiale, che un estraneo può avere sulla proprietà altrui genera la dottrina delle servitù, che ordinariamente distinguonsi in servitù personali ed in servitù reali.

Io ho deviato da un tale ordine ed ho scompagnato l'usufrutto dalle servitù classificandolo coll'*usus* coll'*habitatio* e colle *operae*. Sebbene nel dritto Romano sia detto di passaggio: ***servitutes aut personarum sunt ut usus et ususfructus*, *aut rerum*, *ut servitutes rusticorum praediorum vel urbanorum***, pure i Romani fanno distinzione fra l'usufrutto e le servitù, come chiaramente rilevasi dalle Istituzioni e dalle Pandette. Quello e queste sono dapertutto trattate distintamente, e la parola *servitus* è usata soltanto ad esprimere una così detta servitù reale. Havvi pure bastanti ragioni per una tale distinzione. Le servitù reali e personali hanno sol di comune di essere le une e le altre un dritto sull'altrui proprietà, ma una tale identità è però troppo poco importante perchè si possa confonderle in una sola categoria: ove ciò non fosse dovrebbesi pure dire il medesimo del dritto di pegno, che sotto un tale riguardo potrebbesi anche considerare come una servitù. Ma la loro differenza è manifesta, giacchè nell'usufrutto e nell'*usus* ecc. l'elemento parziale della proprietà, che costituisce l'uno e l'altro, forma un dritto indipendente, che non più si appartiene al proprietario; nelle servitù reali per contrario non vi ha nulla di segregato dalla proprietà, ma esse stanno come un semplice dritto contro il dominio esclusivo del proprietario (*in patiendo*), o contro la capacità assoluta di disporne (*in non faciendo*). Risultato d'una tale distinzione si è, che l'*ususfructus* l'*usus* ecc. hanno un principio subbiettivo, e sono perciò personali, le servitù reali per contrario sono altrettante qualità immantinenti nella cosa istessa. Il godimento o l'uso sono la parte la più subbiettiva dei dritti di proprietà; una limitazione per contrario all'esercizio del dritto di proprietà è puramente negativa, che non può scompagnarsi da un tal dritto.

Le servitù esprimono una rinunzia del proprietario al-

l'uso esclusivo della cosa, ed importano una limitazione alla esistenza esclusiva della proprietà. Ma il proprietario ne conserva sempre il dominio non ostante l'usufrutto e le servitù. Questo intimo dritto può considerarsi astrattamente come un momento ed un elemento distinto ed indipendente. Il proprietario ha la sicurezza della sua proprietà: egli può cedere una tale sicurezza ad un altro, che non ne sia il proprietario, ma cerchi nella proprietà altrui una sicurezza o garantia: una tale cessione suppone però qualche cosa che la giustifichi. Il dritto di pegno perciò suppone necessariamente una obbligazione: la sicurezza che ne proviene al creditore può aversi o mediante il possesso corporale, o colla cessione d'un semplice dritto sulla cosa: una tale distinzione pone la differenza fra il *pignus* e l'*hypotheca*. Il dritto di pegno si acquista quando per convenzione, quando per legge, può essere limitato alle singole cose, o può estendersi all'intera proprietà: compete alcune volte ad un solo creditore contro il proprietario del pegno, altre vòlte a più creditori. Il creditore ha un dritto di proprietà sul pegno, può reclamarne l'obbietto contro un terzo, pignorarlo pure, ed alienarlo, giacchè l'ultimo momento della sicurezza del creditore è la soddisfazione del suo credito, ed a ciò perviene, quando non venisse altrimenti pagato, vendendo l'obbietto del pegno. Essendovi più creditori, può ventilarsi la quistione, a chi si appartiene un tal dritto? Quì cade in acconcio la dottrina sui differenti vantaggi del privilegio, della publicità, del tempo. Ma perchè il creditore del pegno non può pretendere altro che la soddisfazione del suo credito, è perciò che riconoscesi ad ogni creditore posteriore il dritto di sostituire l'anteriore pagando il debito principale, *jus offerendi*. Il dritto di pegno si estinguo alcune volte in un modo immediato, quando l'obbietto di esso perisce, o colla confusione, altre volte per mezzo di rilascio o di liberazione, *usucapio libertatis*, o colla estinzione della intera obbligazione, col pagamento del debito, colla vendita del pegno.

Il proprietario perde coll'usufrutto il godimento, col-

le servitù il dominio esclusivo ed assoluto, col pegno il possesso. E pure astrattamente si afferma, che ne rimane egli nondimeno il proprietario. Un tale avanzo di proprietà è sterile ed inutile, giacchè il suo dritto di disporne non è altra cosa che il dominio sopra quello che può dirsi inesistente. Questi elementi particolari, che tali non sono in realtà, ma soltanto per un concepimento astratto di essi, stanno di rincontro a questa nuda e sterile proprietà come qualche cosa di sostanziale, e sebbene ne sieno in una certa dipendenza, pure è in essi, che si contiene la realtà di quella: come proprietà imperfette prendono per dritto Romano due forme, *emphyteusis et superficies*. L' origine storica della enfiteusi si ripone nella intenzione di ricompensare il lavoro dell' agricoltore, giacchè mentre l' inerte proprietario ne conserva l' astratto dominio ed alcuni vantaggi (*canon*, *laudemium)*, l' enfiteuta coltivatore per contrario gode di tutti i vantaggi e degli altri dritti di proprietà. Il concetto della *superficies* si forma collo scompagnare il terreno dalla superficie. Veramente il terreno assorbe tutto quanto trovasi sulla sua superficie, ed il proprietario di quello avrebbe anche la proprietà di questa. Pure è possibile l' astrazione che tutto quanto sta sulla massa del terreno si consideri distintamente, e sia costituito come una imperfetta proprietà con tutte le qualità di questa.

Ma il dritto del proprietario non si limita alla sola facoltà di scompagnare questi singoli elementi della sua proprietà, per costituirli come indipendenti, ma può pure interamente separarsi dalla cosa, ed alienarla. Quì per la prima volta si appalesa il vero dritto del proprietario. Un tal fatto può avvenire immediatamente, quando il proprietario lascia la cosa senza curarsi del destino posteriore, *abbandono*, o consegnandola ad un novello proprietario, *alienazione*. In questa la proprietà addiviene il punto di mediazione fra due volontà, lo scontro ed il concorso delle quali pone l' origine del *dritto delle obbligazioni*.

XXIII.

Il concetto del dritto delle obbligazioni, l'insieme cioè delle determinazioni, le quali comprendono sì il concorso delle volontà (contratto) che la violazione di queste, (delitti), è tutto Romano. Esso non sarebbe più giustificabile nè ammissibile secondo le nostre idee. Il concetto Romano del dritto delle obbligazioni è il semplice reclamo intentato da persona a persona, sia che un tale reclamo abbia la sua ragione in un contratto, sia in un delitto. Questi due elementi, che secondo un tal dritto pongono la base della dottrina delle obbligazioni formano due categorie distinte secondo il nostro modo di concepire il dritto, giacchè i delitti non fanno più parte del dritto privato, mentre tanto questi quanto i contratti sono compresi nel concetto Romano sotto la categoria universale di *dritto delle obbligazioni*. È quindi necessario per chiunque si faccia ad esporre la dottrina Romana comprenderli sotto la denominazione generale di obbligazioni. Per quanto poco una tale espressione si accordi colle nostre idee, altrettanto essa risponde al carattere vero del dritto Romano. È forza dunque seguire il medesimo ordine per non deviare dalla tradizione storica.

XXIV.

Le obbligazioni, le quali si fondano sul concorso delle volontà addimandansi contratti. La realtà d'un tale concorso suppone, che il contratto sia puro dalla influenza dell'errore, del timore, dell'inganno, e della simulazione: è necessario però distinguere i differenti modi, onde ciascuno di questi fatti può influire sul contratto. L'esecuzione di questo può pure dipendere da un avvenimento esterno, *dottrina delle condizioni*, o può essere assicurato con tutt'altro mezzo, *arrha*, *clausola penale*, *giuramento*. Ordinariamente si suole trattare la dottrina delle condizioni nella parte generale, pria che si fosse fatta parola dei contratti.

Ma le condizioni così considerate non possono essere certamente obbietto d'una trattazione giuridica: perchè lo fossero, debbono essere ordinate colla dottrina dei contratti o con quella del dritto di successione; e non si può comprendere, perchè non si vorrebbe trattarle quì, dove esse prendono una espressione concreta.

È da farsi le meraviglie, che poichè la distinzione Romana dei contratti reali, verbali, letterali, e consensuali è divenuta sospetta anche ai Romanisti, non siasi seguita la vera e ragionevole di Kant (*principii fondamentali metafisici della scienza del dritto* p. 120), la quale fu ripetuta da Hegel più profondamente e determinatamente (*Filosofia del dritto* p. 111. Trad. Ital.), ed è appunto questa distinzione, che si fonda sulla natura dei contratti, che s'intende quì seguire con quelle modificazioni, che rispondono alla natura del dritto Romano positivo.

In ogni contratto vi ha un doppio elemento: da una parte si acquista quello che dall'altra si perde: sicchè la principale divisione dei contratti si fonda sulla considerazione, se le due parti contraenti sieno così distinte fra loro, che ciascuna non rappresenti che un solo elemento del contratto, o entrambe rappresentino l'uno e l'altro, ossia se il contratto è di tal natura, che per esso l'uno acquisti semplicemente quello che perdesi dall'altro, o pure ciascuno di essi perda ed acquisti nel medesimo tempo, o come ben l'esprimono i Romani, se i contratti sieno *ultro citroque*. L'ultima specie di contratti, nei quali ciascun contraente ne rappresenta le due parti è la vera e reale, stantechè di tutti gli altri contratti può dirsi che ne abbiano solamente la forma. In questi ultimi l'uno acquista quello che perdesi dall'altro; in quelli per contrario ogni contraente perde ed acquista nel medesimo tempo, ciascuno di essi rappresentando una doppia persona: per indicarli con altre parole potrebbesi esprimerli usando la denominazione di contratti di permuta, e contratti di donazione (Hegel p. 113) Ma perchè l'obbietto d'un contratto può essere o una cosa, o l'uso di essa, o il semplice lavoro d'un individuo, così ammet-

tesi una novella e triplice divisione dei contratti di permuta e di donazione, i quali ultimi distinguonsi in donazione d'una cosa (*donatio*), in donazione d'un uso (*commodatum*, *precarium*, *mutuum*), ed in donazione di opera (*depositum*, *mandatum*). I contratti di permuta distinguonsi pure: 1) in permuta d'una cosa con un'altra, sia questa una cosa specifica cambiata con una simigliante (*permutatio*), o di dritti scambievoli (*transactio*), o di speranze (azzardo, scommessa), o permuta d'una cosa specifica con un'altra più generale (vendita): 2) in permuta dell'uso d'una cosa col valore di questa (*locatio conductio*), o d'una cosa generale cogl' interessi (*mutuum* ad interesse): 3) in permuta di opere per il loro valore (*locatio operarum*).

Se questa divisione semplice e conforme alla natura vera dei contratti comprende il maggior numero di essi, vi rimane però una moltitudine di rapporti obbligatorii, che tali non sono veramente, ma vi si assomigliano in modo che si potrebbero considerare quasi come altrettanti contratti (*quasi ex contractu*), o come aventi i medesimi effetti. Volendosi ordinare questi rapporti non si potrebbe altrimenti che riportandoli a quei contratti, ai quali maggiormente si avvicinano; una classificazione più scientifica di essi non sarebbe possibile. Così, per esempio, può trattarsi della *condictionem* in occasione del *mutuum*, della *negotiorum gestio* nel mandato, dell' *actio exercitoria*, *institoria*, *lex Rhodia de jactu*, del *contractus aestimatorius* e del *suffragium* in occasione della *locatio operarum*. Chi ammette una categoria di contratti innominati, vi comprende anche questi due ultimi. Come pure può trattarsi della dottrina della evizione, dei *pacta de retrovendendo*, della *in diem addictio*, della *lex commissoria* in occasione della vendita. Questi rapporti obbligatorii non appartengono essenzialmente alla vendita, ma in gran parte vi sono compresi, e possono essere classificati con essa. Come *pacta adjecta* hanno l'espressione di dipendere dal contratto, al quale più da vicino si rapportano.

Oltre dei contratti di donazione e di permuta havvene altri, che sono denominati da Kant di *assicurazione*, e considerati da Hegel come un complemento dei contratti. Questa terza specie sembra di non avere colle due prime alcun intimo e scientifico rapporto: ma vi è fra loro la seguente connessione. Ogni contratto contiene in se il momento della sua esecuzione soltanto come possibilità: ma quando un tale momento è sì intimamente connesso col contratto istesso che fin dalle prime si manifesta come una realtà, l'esecuzione del contratto in tal caso non è soltanto possibile ma reale, giacchè contiene in se stesso la sicurezza del suo adempimento. Il pegno e la garentia rendono reale quello che è solamente possibile per gli altri contratti. Simiglianti contratti molto più compiuti dei primi possonsi considerare come una terza categoria. Un tale complemento alcune volte è d'una natura subbiettiva, quando il subbietto dei contratti si rafforza, ed addiviene moltiplice, *società*. Può sembrare difficile concepire il modo, onde classificare il contratto di società: questo consiste nell'accordo e nel concorso di più individui per l'esecuzione d'uno scopo lecito: esso non ha alcun obbietto proprio e determinato; qualunque fine è concepibile per un tale contrattto, comprare, prendere a nolo, avere tutte o solamente alcune cose in comune. La società è dunque la forma possibile ed applicabile ad ogni scopo: quello che la distingue particolarmente è il concorso di più persone per uno scopo indeterminato: sotto un tale riguardo dovrebbesi trattare di essa quando parlasi delle obbligazioni *solidali*, se pure non si credesse più conveniente collocarla fra i contratti. Altre volte simiglianti contratti tendono a meglio assicurare l'obbietto di essi. Sono da noverare in questa categoria per dritto Romano il *constitutum debiti proprii*, col quale si rafforza il contratto per la ripetuta conferma, l'*intercessio* in tutta la sua sfera, e coi suoi accessorii, infine il contratto di pegno.

I contratti consistono nel concorso delle volontà di più persone contraenti. Ciascuna di queste acquista un certo dritto di proprietà sulla volontà altrui. Ma per-

chè un tale concorso si concentra sopra un obbietto esterno, ed è questo soggetto a casi fortuiti ed alle vicende della sua propria esistenza, è questo il momento di trattare la quistione, chi abbia a sopportarne i danni, *periculum*, o a trarne il vantaggio, *commodum*. Ad onta d'un tale accordo delle volontà ciascuna di queste rimane nondimeno sempre individuale, ed è possibile, che ponendosi in contradizione colla identica volontà che forma l'essenza stessa del contratto, di quella volontà cioè nella quale essa stessa convenne, invece di eseguirla ne addivenga l'ingiusta violatrice con diversi fatti, che possonsi manifestare sotto le forme della *mora*, della *culpa*, o del *dolus*.

XXV.

Communemente nei sistemi di dritto Romano parlasi della *culpa* o nella parte assolutamente generale, o in quella particolarmente generale del dritto delle obbligazioni. Ma siccome la colpa in rapporto con i contratti non è altro che la violazione di essi, così suppone non solamente la dottrina dei contratti in generale, ma anche quella di ciascun contratto in particolare, giacchè riconosce la sua misura da essi. Trattare della *culpa* pria dei contratti vale il medesimo che discorrere della violazione del dritto, pria che si fosse parlato del dritto istesso, di qualche cosa, che possa essere violato. A coloro, che così opinano, manca il momento di passaggio dai contratti ai delitti, al quale non si fa attenzione da quelli, che non abbadano allo sviluppo scientifico delle dottrine, e sostituiscono alla dialettica i titoli delle materie.

Essendo la *culpa* ed il *dolus* altrettante violazioni dei contratti, pongono il fondamento ad altri rapporti obbligatorii, ai delitti: sono essi l'anello, ed il momento di passaggio dai contratti ai delitti. Dalla violazione dei contratti si originano i delitti; la trattazione dunque della colpa e del dolo dovrà tener dietro alla dottrina dei contratti, precedere quella dei delitti.

Ma la violazione come fondamento delle obbligazioni

può essere sulle prime una semplice possibilità, e le obligazioni che ne provengono avranno una natura puramente preventiva: essendovi la minaccia d' una violazione è necessario opporvi delle obbligazioni. Ad una tale categoria si appartengono la *cautio damni infecti*, la *operis novi nunciatio*, l' *actio aquae pluviae arcendae*, gl' Interdetti proibitorii, l' *actio de positis et suspensis*, gli obblighi dei *nautae*, *caupones et stabularii*. La realtà della violazione pone anche quella della *obligatio*. Una tale violazione può riguardare immediatamente e direttamente la persona *(injuria)*, o la proprietà di questa *(damnum injuria datum)*; può essere un danno prodotto dagli animali, o proveniente dal giudice, *si judex litem suam fecerit*, *actio de effusis et ejectis*, un furto, o infine può offendere la persona colla sua proprietà.

XXVI.

Noi abbiamo considerate le obbligazioni sotto la doppia forma dei contratti e dei delitti. Entrambe si accordano in ciò, di poter essere innovate, e di dovere essere adempiute. L' innovazione delle obbligazioni avviene col cambiarsi del subbietto, o dell' obbietto, o di entrambi. Dal cambiamento del subbietto del creditore si origina la dottrina della cessione, da quello del debitore la *trasmissio et delegatio*, cambiandosi l' obbietto delle obbligazioni vi ha quella che propriamente dicesi *novatio*; l' obbligazione infine si estingue col cambiarsi del subbietto e dell' obbietto.

L' obbligazione estinguesi o cessando, o essendo annullata, o infine perchè adempiuta può cessare per fatti esterni ad essa, ma che influiscono sul suo obbietto, colla perdita di questo, o colla *confusione*. L' obbligazione può essere annullata per la stessa volontà, dalla quale originossi (compensazione, remissione). L' adempimento dell' obbligazione in fine contiene in se l' uno e l' altro momento di cessare e di essere annullata, giacchè col pagamento o con qual-

che cosa di simigliante può dirsi che l'obbligazione cessa, o che viene annullata.

XXVII.

Il passaggio dal dritto delle obbtigazioni a quello della famiglia non è capace di alcuna trattazione sistematica nel dritto positivo, giacchè i rapporti, che una considerazione filosofica può stabilire fra essi, non sono d'una natura scientifica. Il sentimento subbiettivo, che spinge l'uomo a manifestarsi come essere morale nel matrimonio, è estraneo al dritto privato: in questo trattasi pure della famiglia, ma soltanto nei suoi rapporti esterni. Se nel sistema delle obbligazioni i rapporti della persona colla persona si limitano alle semplici relazioni di proprietà, se in esso l'una è debitrice dell'altra di qualche cosa puramente esterna, nel dritto di famiglia per contrario la persona è debitrice di se stessa verso un'altra persona. Nella vita morale della famiglia, della patria potestà e della parentela la persona astratta prende un carattere morale; ed i rapporti di proprietà e delle obbligazioni sono compresi nel dritto di famiglia solamente come mezzi esterni e necessarii alla esistenza di questa. La dottrina della dote è certo d'una natura obbligatoria, ma suppone sempre il matrimonio, non sta come assoluta ed indipendente, ma serve a quello.

XXVIII.

La famiglia considerata nella sua astrazione o nella sua idea non è peritura, ha una esistenza continua colla società istessa e coll'uomo, è il primo elemento su cui si fonda, e da cui prende le sue mosse la società; è condizione essenziale di questa. Ma considerata come speciale e particolare essa nasce, ha una certa durata, e poi perisce; ha un carattere proprio, ed una specialità uniforme allo spirito ed alla civiltà dei popoli, ai quali si appartiene. Distinguonsi quindi tre momenti nella esistenza della famiglia, origine, du-

rata, fine o scioglimento di essa, ciascuno de' quali ha le stesse condizioni, ed il medesimo carattere, che sono proprie all'insieme, a cui si appartiene. Il primo di questi momenti, ossia l'origine d'una famiglia speciale e determinata, è il matrimonio, che considerato nella sua idea è lo scontro ed il concorso della volontà di due persone, cui il sentimento di simpatia e di amore avvicina ed identifica in una sola personalità; considerato nella sua forma è un contratto, onde una tale identità è assicurata e riconoscibile esternamente. Questa idea intima ed essenziale del matrimonio è criterio a determinare le condizioni della vita comune delle persone, che lo contraggono, pone i dritti ed i doveri reciproci dei coniugi, i quali mentre s'identificano per sentimento e per amore in una sola personalità, rimangono però individualmente distinte come persone morali e giuridiche. A questa idea del matrimonio, che risulta dalla natura istessa ed intima di esso, non contradice, sebbene non al tutto s'uniformi il concetto del matrimonio Romano. In questo havvi pure l'identità delle persone, ma una tale identità non è però la subbiettiva, quella del sentimento e dell'amore, ma si ripone in qualche cosa di esterno e di violento, nella potestà e nel dispotismo del marito sulla moglie. Nè le individualità de' conjugi sono al tutto confuse e perdute in questa unità violenta e sforzata, ma l'assoluto dispotismo del marito si rompe contro l'elemento esterno della dote, che nel dritto Romano è l'espressione della indipendenza individuale della donna, e tiene in esso le veci di quello, a cui adempie secondo le idee della moderna civiltà il solo carattare di persona morale. A questo concetto del matrimonio Romano rispondono le forme esterne del contratto, come è necessità, che tutte le forme riflettano lo spirito e l'idea, ch'esse sono destinate ad esprimere e significare. Non è il consenso reciproco e spontaneo, che avvicina i due conjugi, ma la figlia è data in moglie dal padre: secondo le antiche tradizioni il marito rapisce la moglie; questa è balzata dalla casa paterna senza toccare la soglia della casa conjugale, tratta

dalla *mano* del marito. I cambiamenti, che succedonsi sì nel concetto che nelle forme del matrimonio, si uniformano e riflettono le vicende e le innovazioni, che per forza del tempo e di novelle idee succedonsi nella legislazione come nella civiltà Romana.

XXIX.

L'esistenza della famiglia in generale importa svolgimento e successione d'ogni famiglia particolare, ed i figli ne sono appunto un tale momento progressivo e rinnovatore. Rappresentano essi da una parte sotto forme vive e reali l'identità morale dei conjugi, e questo è ragione della loro dipendenza dalla patria potestà, e li fa soggetti a tutti i rapporti di famiglia; ne sono dall'altra l'elemento giovine destinati a costituire novelle famiglie, a tessere una nuova generazione, e come tali hanno una individualità propria, una personalità, che non può essere senza ingiustizia soffocata dal dispotismo della patria potestà, nè dai legami della famiglia. Nel dritto Romano l'istesso dispotismo del marito sulla moglie si estende anche sui figli, che in opposizione del padre mancano d'una personalità propria ed individuale, di qualunque carattere morale, e sono considerati come cose. Ma come per la moglie così pure per i figli una tale confusione non è perfetta; che anzi la personalità di questi si appalesa anche per essi in un elemento tutto esterno, nel *peculio*, e nelle dignità pubbliche, che valgono a procacciare ai figli una sfera d'indipendenza, che non è voluta riconoscere al loro carattere morale.

XXX.

Ma la famiglia si scioglie mancando il principio di unità, da cui originossi e per il quale consisteva. I conjugi superstiti riprendono la loro primitiva indipendenza, i figli stanno come altrettante personalità, e quando non lo potessero per difetto di età, vi supplisce l'*auctoritas* del tutore. I beni, che costituivano la sfera

esterna ed i mezzi di sussistenza della famiglia sono spartiti fra i membri di questa, che come tali vi hanno astrattamente un dritto eguale. Espressione di questo ultimo momento della famiglia , del suo scioglimento relativamente ai beni, è il dritto di successione, per il quale quello che era in prima proprietà generale della famiglia si distingue in altrettante proprietà particolari di ciascun membro di questa.

Ma nel dritto Romano questo principio generale , che regola la successione , è limitato e si piega alle medesime condizioni ed allo spirito speciale onde s'informa la famiglia Romana. Lo spirito di famiglia, il principio severo , che stringe in una violenta unità tutti i membri della famiglia Romana , esclude dalla successione intestata i figli emancipati , e nella successione testamentaria eleva a criterio ed a legge determinante della successione l' arbitrio del padre, formolato nelle parole delle XII. Tavole ; *uti legassit super familia*, *tutelaque suae rei*, *ita jus esto*.

Nei tempi posteriori l'uno e l'altro principio, quello del rigore astratto della unità di famiglia, e l' altro dell'arbitrio della patria potestà non rimane assoluto, ma vien limitato dall'influenza d'un principio più conforme allo spirito vero e morale della famiglia, di cui si fa interprete il Pretore, il quale accorda la *bonorum possessio contra tabulas*, *o secundum tabulas*, e chiama alla successione gli emancipati coll' obbligo di mettere in collazione tutto quanto la condizione indipendente di emancipati avesse dato loro l'agio di acquistare. Questo stesso principio più umanitario e più conforme al carattere vero e morale della famiglia si manifesta nella successione testamentaria colla necessità della diseredazione, si esprime come *legittima*. Il trionfo di questi nuovi elementi nel dritto di successione è estraneo allo spirito ed alla civiltà Romana, è il predominio di altre idee, del principio subbiettivo e morale sull' obbiettivo e Romano, è l' espressione della decadenza dell' antica civiltà, è il lavoro d' un giovine spirito, d'un novello principio, la cui esistenza storica costituisce un' epoca novella nella storia dell' umanità.

ELEMENTI
DEL DRITTO ROMANO
SISTEMATICAMENTE ORDINATI

Avvertimento

Il lavoro, che segue, può considerarsi come non al tutto mancante di utilità, e diciamo pure, che è possibile soltanto in un tempo, in cui il pensiero umano elevandosi alla coscienza di se stesso e della missione e della dignità della scienza sente il bisogno di ridurre a sistema le proprie idee, e disdegnando seguire ciecamente e servilmente la tradizione, si serve dei materiali di questa per accertare obbiettivamente un concetto astratto, ammettendoli o rigettandoli secondo il proprio criterio. Questa nuova manifestazione nella storia del pensiero umano, dalla quale è forza riconoscere tutti gl' incrementi della scienza moderna, ed i portentosi risultati, che ne provennero, non poteva non influire sullo studio del dritto, il quale, per quanto varie fossero le sue vicende storiche, per l'elevatezza e la generalità del principio, e per la sua importanza pratica fu sempre materia, su cui concentrossi per il passato, e si concentrerà per i secoli a venire l'attività delle più forti intelligenze pensanti.

Il seguente lavoro può anche tornare particolarmente utile a coloro, i quali addetti al sacro ministero della istruzione, volendo da una parte essere al pari delle condizioni presenti della scienza, e dall' altra non fidenti nelle proprie forze, bramassero nel farsi interpetri del dritto Romano seguire una guida più certa calcando le orme qui appresso tracciate, e svolgendo gli elementi sistematicamente ordinati dal forte ingegno dell' Autore Tedesco.

Digitized by Google

ELEMENTI

DEL DRITTO ROMANO

Sistematicamente ordinati

INTRODUZIONE.

§. 1. Natura e materia del dritto civile Romano.

§. 2. Differenti metodi di trattarlo. — Metodo esegetico. — Dommatico. — Sistematico. — Scuola Storica.

§. 3. Importanza odierna del dritto civile Romano. Rapporto di esso colla filosofia del dritto, colla storia del dritto, col dritto pratico.

§. 4. Il dritto Romano in rapporto col dritto moderno. Collisione del principio del dritto Romano con quello del dritto moderno. — Accordo di entrambi, o pure il dritto Romano come fonte del dritto privato.

§. 5. Fonti esterni.

§. 6. Dritto Antigiustinianeo.

§. 7. Dritto Giustinianeo.

§. 8. Dritto posteriore a Giustiniano.

§. 9. Pandette, Istituzioni, Codice, Novelle. Rapporto di queste parti della Collezione Giustinianea. — *Corpus juris civilis*.

§. 10. Osservazioni letterarie.

§. 11. Rapporto del dritto Romano col dritto Canonico.

§. 12. *Decretum Gratiani.*

§. 13. Decretali di Gregorio IX.

§. 14. *Liber sextus*.

§. 15. Clementine.

§. 16. *Corpus juris canonici clausum.*

§. 17. Altre parti del dritto canonico. Rapporto di queste fra loro e col dritto Romano.

§. 18. Riflessioni generali sul sistema del dritto Romano.

LIBRO I.

IL DRITTO IN GENERALE.

CAP. I.

§. 19. Del dritto, come sfera in cui si attua la libertà. — Concetto e definizioni Romane. — Diversi significati della parola *jus*.

§. 20. Il dritto positivo. — Rapporto di questo col dritto naturale. — *Jus naturale*, *gentium*, civile.

§. 21. Delle distinzioni proprie al dritto Romano— *Jus civile*, *honorarium*. — Fino a qual punto sono queste speciali del dritto Romano.

§. 22. Il dritto come publico e privato. — Importanza di questa distinzione per il dritto Romano.

§. 23. Il Dritto prende una realtà esterna. — Legge. — *Jus scriptum*. — O pure esso rimane sotto le sue forme naturali — *jus non scriptum*, dritto consuetudinario.

§. 24. Del *jus scriptum*. — Quello che in esso comprendesi.—Della legge sotto forma generale. — Editti.—Della differenza dei Mandati, Decreti,—*interlocutiones*, ,*sanctiones* v. *jussiones pragmaticae*.

§. 25. Della legge sotto forma particolare — Rescritti.

§. 26. Delle leggi, ch'emanano da un potere sovrano, — *Constitutiones*. — Modi di concederle.

§. 27. Delle differenze odierne delle leggi.—Quale importanza hanno oggigiorno l'espressioni Romane.

§. 28. Forza obbligatoria delle leggi, dopo la loro promulgazione. — Publicazione—Gradi della forza obbligatoria secondo le differenze delle leggi — Distinzione delle leggi secondo il *criterium* della loro forza obbligatoria.

§. 29. Le leggi non valgono prima della loro promulgazione. — Della forza retroattiva di esse.

§. 30. Di coloro, che sono soggetti alle leggi.

§. 31. Dell'accordo fra il contenuto e la forma o la espressione delle leggi. — Del disaccordo fra essi. — Del modo onde rimuoverlo, della interpetrazione. — Differenti specie della interpetrazione sì in rapporto delle fonti di essa, come dei mezzi e dello scopo.

§. 32. Dell'estensione della legge esternamente a se stessa, o dell'applicazione del motivo della legge ai particolari.

§. 33. Dell'influenza del motivo della legge sulla legge istessa. — Col cessare del motivo, cessa immediatamente la legge?

§. 34. Collisione delle leggi.

§. 35. Applicazione delle leggi.—Influenza del dritto di natura, della morale, della equità sull'applicazione delle leggi.

§. 36. Dei differenti modi, onde cessano le leggi, e della abolizione di esse.

§. 37. Del dritto consuetudinario, *jus non scriptum.*— Origine, e condizioni di questo. — Rapporto di esso col dritto Romano. — Pruova, osservanza.

§. 38. Della giurisprudenza.

§. 39. Delle leggi sotto forma speciale. — Come dritto di alcune classi speciali, o come negazione del *jus commune*, — *jus singulare*. — Come dritto di alcuni individui, *privilegium*.

§. 40. Diverse specie di privilegi. — Effetti di essi.

§. 41. Passaggio dai privilegi al dritto sotto il rapporto subbiettivo.

CAP. II.

Il dritto considerato subbiettivamente.

§. 42. Del dritto come subbietto, o della persona.— Della definizione fra uomo e persona nel dritto Romano. — Dell'identità di entrambi.

§. 43. Della vita fisica della persona. — Nascita,

differenza di sesso. — Sanità spirituale, e fisica. — Età. — Presenza. — Assenza. — *Domicilium.*

§. 44. Della persona considerata sotto il rapporto dell'onore. — *Minutio*, *consumtio existimationis.*

§. 45. Della *infamia.* — Differenti specie di essa. — *Infamia juris et facti*, — *immediata*, *mediata.*

§. 46. Della *levis notae macula.* — Idee moderne sopra questa.

§. 47. Della cancellazione della infamia.

§. 48. Della morte. — Presunzioni sulla durata della vita.

§. 49. Dell'astrazione d'una persona morale e giuridica. — Differenti specie di questa.

§. 50. Del Fisco.

§. 51. Delle altre persone giuridiche.

§. 52. La persona come subbietto del dritto in rapporto col dritto obbiettivo. — È necessità, che la persona conosca il dritto.

§. 53. Distinzione fra *ignorantia juris*, *et facti:* effetti dell'una e dell'altra.

§. 54. Del modo onde provvedere contro la violazione del dritto. — Passaggio al processo giudiziario.

CAP. III.

Dell'applicazione del dritto, o del processo giudiziario.

§. 55. Del modo il più immediato e perciò ingiusto di farsi giustizia — Distinzione fra un tal mezzo, e la propria difesa.

§. 56. Pena d'un tal modo arbitrario di farsi giustizia. — *Decretum divi Marci*, ed altri ordinamenti.

§. 57. Ricorso all'intervento giudiziario.

§. 58. Delle differenti distinzioni e specie di azioni in rapporto colle fonti del dritto, col processo e col contenuto del dritto. — *actiones civiles*, *honorariae.* — *directae*, *utiles*, *in factum*, *directae*, *contrariae.* — *actiones praejudiciales in rem*, *in personam*, *in rem*

LIBRO II.

DRITTO DI PROPRIETA'.

CAP. I.

Delle cose.

§. 92. Della cosa, come puramente esterna, naturale. — Come tale essa non può essere obbietto della scienza del dritto.

§. 93. La cosa come obbietto di dritto suppone il rapporto di proprietà.

§. 94. Della cosa come obbietto del dritto in generale.

§. 95. Distinzione e diverse specie delle cose—*res in commercio et extra commercium*, ed in specie *res divini juris*, — *res communes*, *res publicae*, — *res corporales*, *incorporales* — *res immobiles*, *mobiles sese moventes*, — *res dividuae*, *individuae*.

§. 96. Delle cose, che hanno una forma generale — denaro.

§. 97. Delle cose che compongono un insieme ideale, — *universitas rerum*.

§. 98. Della cosa in rapporto con un'altra. — Pertinenze, accessori.

§. 99. Di questi come effetto dello sviluppo organico della cosa. — Frutti — *fructus naturales*, — *civiles*. — Differente natura, e diversi rapporti dei frutti.

§. 100. Delle pertinenze, che si perdono nella cosa — *impensae*, *expensae*. — Differenze secondo il grado del bisogno, dell' utile, e degli abbellimenti.

§. 101. Delle pertinenze separabili aggiunte con mezzi meccanici, ed esterni.

§. 102. Della cosa in rapporto colla persona.—Passaggio alla trattazione del possesso.

CAP. II.

Del possesso.

§. 103. Esposizione delle diverse opinioni predominanti sul possesso.— Il possesso non è un semplice fatto, nè si converte in dritto per mezzo della ingiustizia d' un altro.

§. 104. Il possesso come proprietà considerata dal lato della volontà individuale.—Principio e presunzione di proprietà.

§. 105. Degli effetti che risultano dall' idea del possesso. — Del mezzo di garentire il possesso, *interdetti.* Della capacità che ha il possesso di addivenire proprietà. — Usucapione. — Quali sono gli altri effetti del possesso?

§. 106. Differenti specie del possesso — *possessio justa et injusta.* — Tali distinzioni non riguardano l' idea istessa del possesso, — *bonae et malae fidei possessio,* — *possessio civilis*, *possessio naturalis*, *possessio*, *civiliter non possidere.* — Della regola: *nemo causam possessionis sibi mutare potest.*

§. 107. Delle cose che possono essere obbietto del possesso. — *Juris quasi possessio.*

§. 108. Condizioni subbiettive del possesso, — *animus domini.* — Eccezioni. — Acquisto mediante procuratore, — *constitutum possessorium.*—Corporale Occupazione, *traditio brevi manu.* — Possesso di singole parti d' una cosa. — *Possessio plurium in solidum.*

§. 109. Perdita del possesso. — Per volontà, *animus.* — Mediante un *factum contrarium.* — Perdita del possesso esercitato da un procuratore.

§. 110. Dei mezzi di garentire il possesso, ossia degl' interdetti.—*Interdicta retinendae possessionis.* — *Interdicta recuperandae possessionis.*

§. 111. Passaggio dal possesso come principio della proprietà alla proprietà perfetta.

CAP. III.

Proprietà.

§. 112. Concetto della proprietà, come sfera esterna della libertà. — Differenza di essa dal possesso. — Ogni persona dee avere una proprietà.

§. 113. Obbietto della proprietà. — Cose corporali. — Proprietà spirituale.

§. 114. Carattere esclusivo della proprietà. — La proprietà dee essere compiuta. — Delle distinzioni e delle diverse specie, che risultano dalla natura intima della proprietà.

§. 115. Differenti ragioni di essa -- *dominium*, *bonae fidei possessio*, -- *dominium directum et utile.*

§. 116. Modi di acquistare la proprietà.

A) Acquisto immediato.

B) Acquisto mediato per cambiamento della cosa;

C) per volontà degli altri.

§. 117. A. Acquisto immediato: 1) quando la persona si volge verso la cosa, -- occupazione (tesoro, bottino, caccia, pesca): o quando la cosa istessa si aggiunge alla proprietà, -- accessione -- specie e rapporti differenti di questa.

§. 118. B) Modo mediato per cambiamento della cosa -- formazione: 1) conservandosi la specialità della cosa formata: 2) col compiuto cambiamento di essa in una novella cosa, -- specificazione.

§. 119. C) Modo mediato per volontà altrui.--Tradizione, e condizioni di questa. -- *Adjucatio*, -- prescrizione.

§. 120. Considerazione storica e preliminare della prescrizione. -- Idea di essa.

§. 121. Degli obbietti della prescrizione.

§. 122. Del possesso, -- *accessio possessionis*. --Del calcolo del tempo, -- *tempus continuum*, *utile*. Calcolo civile di esso.

§. 123. Della *bona fides*.

§. 124. Della giustificazione obbiettiva del possesso, -- *justus titulus*.
§. 125. Della interruzione della prescrizione.
§. 126. Della prescrizione straordinaria.
§. 127. Di alcuni presunti modi di acquistare.
§. 128. Assoluto rapporto del proprietario colla proprietà -- Limitazione di essa. -- Divieto di alienare.
§. 129. Azioni, che garentiscono la proprietà -- *rei vindicatio*. -- Condizioni di questa rispettivamente al reclamante ed al querelato, alla cosa principale ed alle necessarie.
§. 130. Dei rapporti obbligatori, che servono quando per preparare, quando per compiere la *rei vindicatio*, -- *actio ad exhibendum*, -- *actio de tigno juncto*.
§. 131. Dell' *actio Publiciana*.
§. 132. Della *exceptio rei traditae ac venditae*.
§. 133. Dell' *actio negatoria*.
§. 134. Il proprietario cede alcuni singoli elementi della proprietà. -- Cessione dell' usufrutto. -- Limitazione dell' uso esclusivo; -- *usufructus*, servitù.

CAP. IV.

Usufrutto e servitù.

§. 135. Del differente concetto dell' usufrutto e delle servitù. -- Della distinzione di queste in servitù personali e reali.

A. *Usufrutto.*

§. 136. L'usufrutto, come godimento della cosa considerato distintamente dalla proprietà.
§. 137. Del rapporto delle due parti *usus et fructus* nell' usufrutto.
§. 138. Del *quasiusufructus*.
§. 139. Dei dritti e dei doveri dell' usufruttuario in rapporto del godimento e della disposizione della cosa.
§. 140. Dei dritti del *usus*.
§. 141. Dei dritti del'a *habitatio*. -- *Operae*.

§. 142. Comuni rapporti del *usufructus*, del *usus*, *habitatio et operae*.–Differenze.–Constituzione di questi dritti. – Della cauzione.

§. 143. Della cessazione di questi dritti come dipendenti dal principio della subbiettività di essi.

B. *Servitù*.

§. 144. Del principio delle servitù. – Loro rapporto colla proprietà.

§. 145. Differenti specie delle servitù. – *Servitutes praediorum urbanorum*. – *Servitutes praediorum rusticorum*. – Singole servitù.

§. 146. Modo onde si originano le servitù. – Basta il semplice contratto ?

§. 147. Del possesso delle servitù.

§. 148. Della prescrizione di esse.

§. 149. Azioni, che garentiscono le servitù – *actio confessoria* — *negatoria*.

§. 150. Del termine delle servitù, quando l'obbietto perisce, – *confusio et consolidatio*. – Rinunzia. — *Non usus*.

§. 151. Il proprietario può rinunziare come al godimento esclusivo, così al possesso della cosa. – Passaggio al dritto di pegno.

CAP. V.

Del pegno.

§. 152. Del pegno, come possesso considerato astrattamente dalla proprietà, come modo di accertare ed assicurare l' esecuzione della obbligazione. – Significato della parola *pignus*. – Distinzione fra *pignus et ypotheca*.

§. 153. Delle condizioni, che suppone il dritto di pegno, – Obbligazione.

§. 154. Degli obbietti, che possono essere dati in pegno. – *Pignus generale*, *speciale*.

A. *Modi di acquistare il pegno.*

§. 155. *Pignus voluntarium* (*conventionale*, *testamentarium*) *pignus necessarium* (*legale tacitum*, *et praetorium judiciale*).

§. 156. Del pegno convenzionale.

§. 157. Del pegno testamentario.

§. 158. Del *pignus necessarium*, ed in ispecie del *pignus tacitum*. – *Privilegium exigendi.*

§. 159. Dei dritti di pegno speciali e derminati per legge.

§. 160. Di quelli generali.

B. *Dei rapporti giuridici del creditore del pegno col proprietario*, *o cogli altri creditori.*

§. 161. Rapporto del creditore del pegno col proprietario di esso. — Dritto di reclamo contro i terzi. — Dritto di alienarlo.

§. 162. Della alienazione del pegno. — Novella concessione del medesimo obbietto in pegno.

§. 163. Della vendita del pegno. — Condizioni necessarie. -- Effetti della vendita del pegno all' incanto fatta dal creditore. -- *Lex commissoria.*

§. 164. Del dritto di ritenzione.

§.165. Dei rapporti dei creditori del pegno.–*Priorità.*

§. 166. Dei dritti di pegno privilegiati per legge.

§. 167. Di quelli privilegiati per convenzione.

§. 168. Del rapporto dei dritti di pegno publici, e di quelli privati.

§. 169. Dei dritti dei creditori posteriori del pegno, --*jus offerendi.*

§. 170. Delle azioni, che garentiscono il pegno. -- *Actio hypothecaria*, prescrizione di questa. – *Interdictum Salvianum.*

C. *Estinzione del dritto di pegno.*

§. 171. I. Estinzione immediata. -- Quando l'obbietto dato in pegno perisce. – Confusione.

§. 172. II. Estinzione mediata. – *Remissio pignoris*. -- *Usucapio libertatis.*

§. 173. III. Estinzione proveniente dalla natura istessa del contra pegno. -- Estinzione della obbligazione principale. -- Vendita dell' obbietto dato in pegno.

§. 174. La proprietà benchè limitata dall' usufrutto, dalle servitù, e dal dritto di pegno rimane sempre tale, nuda proprietà. -- In opposizione di questa il semplice godimento, ed un limitato dritto di disporne sta come proprietà imperfetta.

§. 175. Passaggio alla *emphyteusis* ed alla *superficies*.

CAP. VI.

Della emphyteusis e della superficies.

§. 176. Della origine storica e della natura della *emphyteusis*. -- *Ager vectigalis*.

§. 177. Della costituzione della emfiteusi.

§. 178. Del dritto dell' emfiteuta di mettere a profitto e di disporre della cosa.

§. 179. Della dipendenza dell' emfiteuta.

§. 180. Delle azioni di dritto relative alla emfiteusi.

§. 181. Estinzione d'un tale rapporto. -- Quando l'obbietto della emfiteusi perisce -- *confusio*, *derelictio*, -- *privatio*, -- *praescriptio*.

§. 182. Significato della parola *superficies*. -- Rapporto di questa colla proprietà e colla *emphyteusis*.

§. 183. Della sua origine.

§. 184. Dei dritti del proprietario della *superficies*.

§. 185. Delle azioni giuridiche, che la garantiscono.

§. 186. Della estinzione della *superficies*.

§. 187. La persona dispone non solamente delle singole parti della proprietà, ma si addimostra vero proprietario — *alienandola*.

§. 188. Della alienazione come semplice abbandono. — Della alienazione come cessione. — Acquisto, che ne fa un' altro dallo stesso proprietario.

§. 189. La proprietà cessa di essere assoluta ed immediata. — Passaggio al dritto delle obbligazioni.

LIBRO III.

DEL DRITTO DELLE OBBLIGAZIONI.

CAP. I.

Delle obbligazioni in generale.

§. 190. Idea del dritto delle obbligazioni. — In queste la persona è obbligata verso la persona.

§. 191. Della connessione della *obligatio et actio* nel dritto Romano.— *Obligationes stricti juris*, *condictiones*, *obligationes bonae fidei*. — Delle *obligationes stricti juris* relativamente alla loro origine ed effetti. — Della distinzione delle *obligationes bonae fidei*. — Le *bonae fidei obligationes* sono vere *obligationes*. Dell' interesse. — Concorso delle *obligationes stricti juris et bonae fidei*. — Delle *obligationes*, le quali non sono *stricti juris et bonae fidei*.

§. 192. Differenti specie della *obligatio*. — *Obligatio civilis et naturalis*.

§. 193. Dei subbietti delle obbligazioni. — Obbligazioni solidali.

§. 194. Degli obbietti della *obligatio*. — *Obligatio alternativa*.

§. 195. Il rapporto della persona colla persona si origina quando per mezzo della volontà, quando per violazione di questa. — Contratto, — delitto.

§. 196. Distinzione delle obbligazioni in contratti e delitti. — Passaggio ai contratti.

CAP. II.

Dei contratti e dei rapporti abbligatori, che li assimigliano.

§. 197. Del contratto. — Distinzione fra contratto e promessa. — *Pollicitatio*, *votum*.

§. 198. Differenza nel dritto Romano fra *contractus* a *pacta*.

§. 199. Del *consensus* come condizione del contratto. -- Della forma del contratto.

§. 200. Della interpetrazione dei contratti.

§. 201. Della influenza dell' errore sul contratto.

§. 202. Della influenza del timore e dell' inganno sul contratto. -- Della influenza della simulazione.

§. 203. Delle condizioni del contratto. -- Condizione sospensiva, risolutiva. -- Condizioni moralmente e fisicamente impossibili. -- Degli effetti delle condizioni. -- Termine, *dies*.

§. 204. Dei modi, onde assicurare i contratti. -- *Arrha*, -- penale, -- giuramento.

§. 205. Il contratto non à una assoluta unità, come la proprietà, ma distinguesi in altrettanti contratti.

§. 206. Della distinzione Romana in contratti reali, verbali, letterali, e consensuali. -- Delle altre distinzioni ordinarie.

§. 207. Della distinzione vera e conforme alla natura dei contratti. -- Donazione, che à la semplice forma di contratti. -- Contratti reali, -- permuta. -- Quelli che servono di complemento ai primi.

A. *Delle donazioni.*

1) Donazione d' una cosa, donatio.

§. 208. Idea della donazione.

§. 209. Della *donatio remuneratoria* -- *Della donatio sub modo*. -- Della *donatio omnium bonorum*. Dell' obbligo di garentire dalla evizione.

§. 210. Della rivocazione d' una donazione.

1) Donazione dell' uso d' una cosa (*commodatum*, *precarium*, *mutuum*).

§. 211. Del prestito gratuito d' una cosa specifica. -- *Commodatum*. -- Dritti e doveri reciproci delle persone contraenti.

§. 212. Del prestito precario d' una cosa specifica, *precarium*. -- Natura di esso.

§. 213. Del prestito gratuito d'una cosa universale. *Mutuum*.

§. 214. Del *Senatusconsultum Macedonianum*.

§. 215. Dei rapporti obbligatori, che nei loro effetti si assomigliano al mutuo. – *Repetitio*, *condictio ob causam*.

§. 216. Differenti specie. - *Condictio indebiti*, *condictio causa data*, *causa non secuta*, *condictio ob turpem causam*, *condictio furtiva*, *condictio sine causa*.

§. 217. Della *exceptio non numeratae pecuniae* nel prestito.

3) *Donatio operae*.

§. 218. Della donazione di semplici cure di vigilanza. – *Depositum*.–Natura e forma di questo contratto. – Del *deponens et depositarius*. – Dritti e doveri di entrambi. – Del *Depositum irregulare*. – Del *depositum miserabile*.

§. 219. Della donazione di opere, di cui fu ricevuto l'incarico. – *Mandatum*. – Distinzione di questo dal *depositum*, e collisione di essi.

§. 220. Della natura del mandato. – *Consilium*, *mandatum qualificatum* – *Assignazione*.

§. 221. Dei dritti e dei doveri del mandante e del mandatario.

§. 222. Dei modi onde cessa il mandato, – morte, – rivocazione.

§. 233. Della *negotiorum gestio* differenza di questa dal mandato. Rapporti reciproci delle parti.

§. 224. Della *actio funeraria*.

B. *Contratti di permuta*.

1) Permuta.

§. 225. a) Permuta d' una cosa specifica con un'altra, — *Permutatio*.

§. 226. b) Permuta di dritti scambievoli. — *Transactio*. — Differenza di questa dalla semplice cessione. — Condizioni ed effetti di essa.

§. 227. Del *Compromissum*. — Rapporto del com-

promesso colla transazione. — Del *receptum*. — Degli effetti di questo relativamente alle due parti.

§. 228. c) Permuta di speranze. — Giuochi, — scommesse.

§. 229. d) Permuta d'una cosa specifica col valore di essa, vendita, — *emptio venditio*.

§. 230. Delle persone del venditore e del compratore. — Modo di contrattare. — Obbietti della vendita.

§. 231. Del prezzo, *pretium*. — Rapporto del prezzo col valore della cosa venduta, — *laesio enormis*. — Nullità del contratto per una tale ragione.

§. 232. Degli effetti d'un tale contratto. — Trasmissione della proprietà, — obbligo di garentire dall'evizione. — Editto degli Edili.

§. 233. Delle differenti specie della vendita. — Vendita al più offerente. — Vendita d'un dritto, — d'un canone.

§. 234. Dei *pactis adjectis*, che accompagnano gli altri contratti, ma più particolarmente la vendita. — *Pactum displicentiae*, — *pactum de retrovendendo*, — *pactum de retroemendo*, — *jus protimiseos*, — *in diem addictio*. — *Lex commissoria*.

2) Permuta dell'uso d'una cosa col valore di essa.

§. 235. a) Alienazione dell'uso d'una cosa per un pigione, — *locatio conductio*.

§. 236. Condizione e natura del contratto di fitto. Dritti e doveri delle due parti contraenti — Del rilascio — Termine dell'affitto. — Riconduzione.

§. 237. b) Prestito d'una cosa generale. — Prestito ad interesse.

§. 238. Degl'interessi. — Differenti specie. — Interessi leciti. — *usurae usurarum*.

§. 239. Del *interusurium*. — Differenti modi di calcolarlo.

§. 240. Del *foenus nauticum*.

3) Permuta di opere con il loro valore: *locatio operarum*.

§. 241. Della *locatio operarum*, — *locatio conductio operis*. — Principj speciali.

§. 242. Dell'*actio exercitoria*.

doveri del creditore e del debitore del pegno — Del *pactum antichreticum*.

§. 259. Nella dottrina dei contrattti, che sono il risultato delle volontà individuali può ventilarsi la quistione : chi delle volontà contraenti abbia a sopportarne i casi fortuiti.

§. 260. *Periculum* e *commodum* — Rapporti e principii di essi.

§. 261. Il contratto può essere anche violato dalla volontà individuale, ed particolarmente quando ne è negletta l'esecuzione, — *mora:* o per qualunque altra ingiustizia in generale, — *dolus*, *culpa*.

§. 262. Della *mora*, *mora solvendi*, *mora accipiendi* — Effetti della *mora* — *Purgatio morae*.

§. 263. Del *dolus* e della *culpa* — Rapporto di entrambi.

§. 264. Della *culpa* come causa di obbligazioni — Della *culpa* che interviene in una obbligazione già esistente — Della distinzione della *culpa*, in *culpa in faciendo*, *et non faciendo*.

§. 265. Dei gradi della *culpa* — Dei tre gradi, — *culpa lata*, — *culpa levis* — Della *diligentia in concreto* ed in *abstracto*.

§. 266. Delle pruove della *culpa*.

§. 267. Il *dolus* e la *culpa* nei contratti da una parte distruggono una obbligazione, dall'altra danno origine a novelli rapporti obbligatorii, che prendono a loro obbietto l'uno e l'altra — *Obligationes ex delicto*.

CAP. III.

Dei delitti e dei rapporti obbligatorii, che vi si connettono.

§. 268. Delle obbligazioni, che hanno a loro fondamento una violazione della volontà, — *obligationes ex delicto*, — *obligationes quasi ex delicto* — Della pena privata, e del principio di questa.

§. 269. Alcune di queste obbligazioni si fondano sulla semplice possibilità della violazione (regolamenti pre-

ventivi), altre sulla realtà di queste, — vere *obligationes ex delicto.*

A. *Rapporti obbligatorii preventivi, che si fondano sulla possibilità d'una violazione.*

§. 270. Della *cautio damni infecti*, — *missio ex primo*, *ex secundo decreto* — Effetti.

§. 271. Della *novi operis nunciatio* — Primozione di questa — Della *nunciatio realis et publica.*

§. 272. Dell'*actio aquae pluviae arcendae.*

§. 273. *Interdicta prohibitoria*, ed in ispecie a) tendenti a garantire un fatto legale e lecito, — *interdictum de loco publico fruendo*, — *interdictum de mortuo inferendo*, — *interdictum de sepulchro aedificendo*, — *de locis et itineribus publicis*, — *interdictum de via publica et itinere publico reficiendo*, — *interdictum ut in flumine publico navigare liceat*, — *interdictum de migrando*. — *Interdictum de itinere actuque privato*, — *interdictum de aqua quotidiana et aestiva*, — *aqua ex castello*, — *interdictum de fonte*, — *interdictum de cloacis*, — *interdictum de arboribus coedendi*, — *interdictum de glande legenda*. — b) Che vietano un fatto ingiusto, — *interdictum ne quid in loco sacro fiat*, — *interdictum ne quid in loco publico fiat*, — *interdictum ne quid in flumine publico fiat*, *quo aliter aqua fluat*, *atque uti priore aestate fluxit*, — *viae receptae actio.*

§. 274. Dell'*actio de positis et suspensis.*

§. 275. Degli obblighi dei *nautae*, *caupones*, *et stabularii*, *actio de receptis*, *actio furti adversus nautas.*

B. *Obbligazioni, le quali si fondano sopra una violazione reale.*

§. 276. I. Violazione immediata della persona, — *injuria* nel senso più largo, — in un senso più limitato — *Actio legis Corneliae* — Azioni Pretorie *estimatoriae.*

§. 277. II. Violazione della persona nella sua proprietà — *damnum injuria datum*, *actio legis Aquiliae* — Estensione di questa — Natura ed effetti della medesima.

§. 278. Danno cagionato per mezzo degli animali — *Actio de pauperie*, *noxae datio*, — *actio de pastu.*

§. 279. Del danno cagionato per mezzo del giudice, *si judex litem suam fecerit.*

§. 280. *Actio de effusis et ejectis.*

§. 281. Del furto, differenti specie. -- *Condictio furtiva*, -- *actio rerum amotarum*, — *actio furti*, — *actio arborum furtim caesarum*, *actio adversus publicanos.*

§. 282. III. Violazione della persona e della proprietà, -- *vi bonorum raptorum*, — *damni in turba datum*, — *actio sepulchri violati* — *Interdictum quod vi aut clam* — Delitti contro il potere giudiziario.

§. 283. Del *dolus*, — *actio de dolo* -- *Alienatio judicii mutandi causa*, — *actio in factum de calumnia.*

§. 284. *Actio quod metus causa.* -- Effetti di essa.

§. 285. Tutti i rapporti obligatorii si cambiano col mutarsi del subbietto e dell' obbietto della obbligazione o dell'uno e dell' altro.

CAPO IV.

Del cambiamento e della esecuzione delle obbligazioni.

A) *Cambiamento del subbietto delle obbligazioni.*

§. 286. Il subbietto dell'obbligazioni si cambia, quando al primo creditore è sostituito un'altro, — *cessione.*

§. 287. Osservazioni storiche sulla cessione. — Dei subbietti della cessione. — Cedente, — cessionario, — *debitor cessus*, — Obbietti ceduti. — Limitazioni, — effetti per il cedente, per il cessionario, e per il *debitor cessus.*

§. 288. Il subbietto della obbligazione si cambia pure, quando un altro prende le veci dell'antico senza che ne fosse liberato il debitore principale. — *Expromissio*, — *delegatio*.

§. 289. Delle condizioni e degli effetti della *expromissio*.

§. 290. Delle condizioni e degli effetti della *delegatio*.

B. *Cambiamento dell' obbietto della obbligazione.*

§. 291. Della *novatio*. — Idea e condizioni di essa. — Effetti.

C. *Estinzione della obbligazione.*

§. 292. I. Impossibilità di adempierla, quando l'obbietto perisce, — per difetto di utilità, — per concorrenza e confusione, — per condizioni risolutive, — termine, — prescrizione.

§. 293. L'obbligazione si estingue mancando il subbietto. — Morte, — pena.

§. 294. II. Estinzione della *obbligatio* mediante l'esistenza d'un'obbligazione novella. — Compensazione. — Condizioni subbiettive ed obbiettive di questa. — Effetti. — Estinzione per forza della *res judicata*.

§. 295. Estinzione volontaria, — *mutuus dissensus*.

§. 296. Per il fatto di una delle parti. — *Oblatio*, *depositum* — Denuncia, — *cessio bonorum*. — Rilascio forzato.

§. 297. III. Esecuzione d'una obbligazione. — Pagamento, *solutio*. — Effetti e pruove. — *Datio in solutum*.

§. 298. La persona non raggiunge il suo ultimo scopo nella proprietà o nei rapporti di questa, ma si eleva ad una esistenza più morale, di cui quella non è che semplice mezzo. — Passaggio al dritto di famiglia.

§. 299. Delle diverse condizioni della nostra famiglia da quella della famiglia Romana, sicchè stante una tale differenza questo c'interessa per i suoi particolari, e non per il suo principio.

LIBRO IV.

DRITTO DI FAMIGLIA.

CAP. I.

Del matrimonio.

§. 300. Concetto del matrimonio Romano — Monogamia — Concubinato. — Quanto il matrimonio Romano risponda al carattere d'una vera moralità.

A. *Contratto di matrimonio.*

§. 301. Capacità fisica.

§. 302. Differenza di sangue. — Impedimenti provenienti dalla parentela. — Parentela di sangue, di adozione. — Affinità — Rapporto del dritto Romano col canonico.

§. 303. Impedimenti, che provengono esternamente. — Condizione e dignità. — Tutela. — Differenza di religione. — Delitti.

§. 304. Degli effetti degl'impedimenti sul matrimonio.

§. 305. Delle forme del contratto di matrimonio. — Del consenso. — Degli sponsali.

§. 306. Del matrimonio putativo.

B. *Rapporti giuridici del matrimonio.*

§. 307. Dritti e doveri personali dei coniugi. — Educazione dei figli.

§. 308. Principio dei rapporti di proprietà nel matrimonio: essi distinguonsi: 1) in rapporti di proprietà determinati dal matrimonio, 2) in quelli, per i quali è indifferente il matrimonio: 3) in quei rapporti infine, per i quali il matrimonio è di ostacolo — Separazione di beni secondo il dritto Romano.

§. 309. 1) Rapporti di proprietà determinati dal

matrimonio. — Della dote, *res uxoria*. — Concetto e differenza di essa. — *Dos profectitia*, *dos adventitia*, *dos receptitia*.

§. 310. Dell'obbligo di dotare — Chi abbia un tale obbligo. — Della *redotatio*.

§. 311. Degli obbietti della dote.

§. 312. Dei dritti del marito sulla dote. — Proprietà del medesimo — *aestimatio venditionis causa*, *taxationis causa*. — Del *fundus dotalis*, divieto di alienarlo. Eccezioni.

§. 313. Dei dritti della moglie sulla dote.

§. 314. Della dote allo sciogliersi del matrimonio. — Reclamo di restituzione e per ragioni legali e per contratto. — Termine del reclamo. — Azioni, *actio rei uxoriae*, *actio ex stipulatu*. — Estensione d'un tale obbligo.

§. 315. Della *donatio propter nuptias*. — Dritti del marito e della moglie.

§. 316. 2) Dei rapporti di proprietà indipendenti dal matrimonio. — Beni parafernali. — Amministrazione di essi dal marito, — *pacta dotalia*.

§. 317. Altri rapporti di proprietà dei conjugi, *actio legis Aquiliae*, *actio rerum amatorum*.

§. 318. 3) Dei rapporti di proprietà, per i quali il matrimonio è di ostacolo. — Donazioni fra i conjugi. — Divieto di esse. — Ragioni d'un tale divieto. — In quali casi ritengonsi per valide.

C. *Scioglimento del matrimonio.*

§. 319. Per morte. — Morte civile.

§. 320. Scioglimento del matrimonio. — Divorzio. — Cause del divorzio per dritto Romano.

§. 321. Dei disvantaggi del divorzio.

§. 322. Ricerche sulla gravidanza — *actio de partu agnoscendo*.

§. 323. Dei danni d'un secondo matrimonio per entrambi i conjugi, ed in ispecie per la donna. — Non osservanza dell'anno di lutto.

§. 324. Il matrimonio come origine della famiglia è pure condizione della patria potestà e della parentela.

CAP. II.

Della patria potestà e della parentela.

§. 325. Del principio della patria potestà Romana.— Confronto coi nostri principii. — Relazioni fra il padre ed il figlio.

A. *Origine della patria potestà.*

§. 326. I. Origine immediata. — Matrimonio.

§. 327. II. Origine mediata. — Adozione. — Concetto di questa. — Differenze, della arrogazione e dell'adozione nel loro stretto senso. — *Adoptio minus plena.* — *Arrogatio* di un *impubes.* — Condizioni. — Effetti.

§. 328. Confusione della origine immediata e della mediata. — Legittimazione. — Concetto, e differenti ragioni di essa; — *legitimatio per subsequens matrimonium,* — *legittimatio per curiae dationem* — *legitimatio per rescriptum Principis.* — Rapporto di queste differenti specie. — Effetto di esse.

B. *Rapporti giuridici della patria potestà.*

§. 329. Rapporto dei figli verso il padre. — *Unitas personae* — *Interdictum de liberis exhibendis.*

§. 330. Rapporti dei figli col padre rispettivamente alla proprietà. — Il figlio acquista per il padre.

§. 331. Eccezioni da una tale regola. — Dell'amministrazione esercitata dai figli, — *peculium prefectitium.*

§. 332. Dei rapporti obbligatorii della patria potestà, — *actio quod jussu,* — *actio de peculio,* — *actio tributoria*, — *actio de in rem verso.*

§. 333. Del *peculium castrense et quasi castrense.*

§. 334. Del *peculium adventitium.* — Trattazione storica di esso. — Dritto del padre e del figlio. — *Peculium adventitium regulare et irregulare.*

§. 335. Delle azioni di dritto a sostegno e conservazione della patria potestà.

C. *Fine della patria potestà.*

§. 336. Morte naturale — Morte civile.

§. 337. Fine coll'elevazione al di sopra della famiglia, alte dignità.

§. 338. Coll'emancipazione dai legami di famiglia. — Emancipazione. — Condizioni e forme di questa. — *Emancipatio Anastasiana.* — *Emancipatio Justinianea.* — Effetti della emancipazione.

§. 339. Fine della patria potestà per effetto della pena.

§. 340. Passaggio dalla patria potestà alla divisione della famiglia in altre famiglie — parentela.

§. 341. Rapporto dell'agnazione colla cognazione nel dritto Romano. — Fino a quel punto l'una e l'altra confondonsi nei tempi posteriori.

§. 342. Della parentela e dei gradi di essa. — Ascendenti. — Discendenti. — Collaterali. — Determinazioni del dritto Romano e del dritto Canonico.

§. 343. Dell'affinità secondo l'uno e l'altro dritto.

§. 344. Scioglimento della famiglia, — *capitis diminutio.*

§. 345. I membri della famiglia addivengono indipendenti, ma in modo che non ostante una tale indipendenza abbisognano d'un patrocinio, — tutela, curatela.

C A P. III.

Della tutela.

§. 346. Della tutela come complemento d'una indipendente personalità. — Della tutela come dritto di famiglia. — Della tutela come dovere. — Del differente modo onde è considerata presso noi.

§. 347. Della distinzione fra la tutela e la curatela — *auctoritas et gestio.* — Dritto Romano. — Dritto moderno.

§. 348. Delle differenti specie della *tutela et cura.*

A. *Esercizio della tutela.*

§. 349. Della capacità di essere tutore. — Eccezioni.
§. 350. Dell'obbligo di esercitare la tutela. — *Excusationes* sì da qualunque tutela come da alcune speciali.
§. 351. Rapporto col dritto ereditario. — *Tutela testamentaria*, — *Tutela legitima.* — *Tutela dativa.* — Obbligo di richiedere un tutore.
§. 252. Della condizione dei pupilli. — Sicurezza.

B. *Rapporti giuridici della tutela.*

§. 353. Rapporto del pupillo col tutore, — rispettivamente alla persona, — ai beni. — Differenza sotto un tale rapporto fra la *tutela* e la *cura.*
§. 354. Della esistenza di più tutori. — Della differenza dei tutori in riguardo dell'amministrazione, — *gerentes*, — *honorarii*, — *notitiae causa dati.* — Doveri e dritti di essi. — Rapporti scambievoli.
§. 355. Dei Protutori nei loro rapporti coi pupilli e coi terzi, — *falsus tutor.* .
§. 356. Dei *nominatori* ed *affirmatori*, — *allevadori.*
§. 357. Della vigilanza sulla tutela.
§. 358. Delle azioni giuridiche dei tutori. — *Actio tutelae directa.* — *Actio tutelae contraria.* — *Actio de rationibus distrahendis.*

C. *Fine della tutela.*

§. 359. Cessazione del bisogno. — Morte, — *capitis deminutio.* — Pubertà.
§. 360. Annullamento della tutela. — Destituzione, rimozione del *tutor suspectus.* Modo da tenere.
§. 361. La tutela vale mediante la dipendenza dei minori a conservare in qualche modo unita la famiglia già sciolta. La dissoluzione compiuta di questa nella sfera dei beni si compie col dritto di successione.
§. 362. Passaggio al dritto di successione.

LIBRO V.

IL DRITTO DI SUCCESSIONE.

INTRODUZIONE STORICA.

CAP. I.

Concetto del dritto Romano di successione.

§. 363. Principio giuridico della successione Romana. — Opposizione della successione testamentaria e della intestata. — *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.*

§. 364. Della espressione d'un tale principio. Opinioni differenti.

§. 365. Eccezioni da un tale principio. — Come si giustificano.

§. 366. La successione Romana distinguesi essenzialmente in testamentaria ed intestata. — Entrambe hanno un rapporto fra loro.

CAP. II.

Rapporto della successione testamentaria colla intestata.

§. 367. Della successione testamentaria.—Della successione intestata. — Della confusione di questi due momenti nella legittima.

§. 368. Dei testamenti *calatis comitiis et procinctu.* — Diverse opinioni sopra questi. — Espressione vera di questi testamenti. Identità della successione testamentaria e della intestata.

§. 369. Del principio delle XII. Tavole, *uti legassit etc.* Distinzione del sistema testamentario dall'intestato. — *testamentum per aes et libram.* — Differenti spiegazioni di esso. — Espressione vera.

§. 370. Degli effetti della opposizione del sistema testamentario coll'intestato. Col testamento si sconosce la famiglia. — Preterizione. — Il dritto di preterire è limitato. — Necessità della diseredazione.

§. 371. Chi ha dritto di essere disereditato. — Effetti della preterizione. —Della *bona mente exheredatio.*

§. 372. Del rapporto della diseredazione colla istituzione di erede. — Condizioni. — Gradi.

§. 373. Della *bonorum successio contra tabulas.* — Rapporto colla successione intestata. — A chi si appartiene il dritto di richiederla. — Effetti della *bonorum possessio contra tabulas.*

§. 374. Effetti della *bonorum possessio secundum tabulas.* — Rapporti col testamento per *aes et libram.*

§. 375. Nella necessità della diseredazione havvi un semplice rispetto di forma della famiglia. — Azioni per un tale scopo. — *centumviri*, *quadruplex judicium.* — *querela inofficiosi testamenti.* — Espressione della *querela.*

§. 376. La *querela inofficiosi testamenti* manca ancora di determinazione. — È comune a tutta la cognazione — è una semplice azione sussidiaria e personale, ed estranea al sistema del dritto. — Ammissione di essa nel sistema del dritto. — Finzione della demenza del testatore.

§. 377. Degli effetti della *querela inofficiosi testamenti.* — Decadenza dal dritto della querela, — *successio in quaerelam.*

§. 378. Successiva determinazione della *querela* in rapporto della quantità, che deesi lasciare — Legittima.

§. 379. Della legittima. — Origine di essa. — Quantità. — Calcolo. — Modi di lasciarla. — *Quaerela inofficiosae donationis.*

§. 380. Ulteriore determinazione della *querela* rispettivamente alle persone che vi hanno dritto — Discendenti. — Ascendenti. — Fratelli e sorelle. Ordine di coloro, che vi hanno dritto.

§. 381. È al tutto indifferente, se la porzione legittima non è lasciata in alcun modo, o solamente in parte — *Actio ad supplementum legitimae.* — Conseguenza di essa.

§. 382. Rapporto posteriore del sistema testamentario coll' intestato — Gli eredi intestati non debbono limitarsi solamente ad un determinato *quantum*, ma debbono essere anche istituiti come eredi testamentarii. — Novella 115. — Espressione di essa.

§. 383. La novella 115 può considerarsi da tre lati differenti. I. Eguale importanza della diseredazione e della preterizione — II. Motivi della diseredazione — Numerazione di essi — III. Necessità della istituzione testamentaria.

§. 384. Conseguenze, nel caso che siasi mancato alle determinazioni della Novella 115 — Sistema d'*inofficiosità*. — Sistema di nullità. — Sistema misto di nullità.

§. 385. L'esercizio della *quaerela inofficiosi testamenti* è accomunato anche ai fratelli e sorelle. — Considerazione generale sul rapporto della successione intestata colla testamentaria. — Passaggio al sistema testamentario.

CAP. III.

Del sistema testamentario, *o dei testamenti*, *dei legati*, *dei fedecommessi e delle mortis causa donationibus*.

§. 386. Idea del testamento. — Arbitrio astratto. — Carattere sacro del testamento secondo il dritto Romano.

§. 387. Del subbietto, che testa — Chi può testare? Impedimenti psicologici — Infermità dello spirito — Coscienza di se stesso. — Impedimenti di famiglia, *filii-familias*, *impuberes*, prodighi. Impedimenti, che sono apposti dalla società.

§. 388. Il testamento dee essere l'espressione della volontà propria del testatore. — *testamentum ne alieno arbitrio*. Intervento lecito d'un terzo.

§. 389. Per il testamento richiedesi la volontà libera. — Influenza dell'errore, dell'inganno e della violenza sul testamento. — Del *Senatusconsultum Libonianum*. — Disposizioni *captatoriae*.

§. 390. Delle condizioni nei testamenti, — *poenae nomine legata*, — *dies*, — *modus*.

§. 391. Delle forme dei testamenti — Forme ordinarie — *Testamentum principi oblatum* — Testamento giudiziario — Forme straordinarie di testare — Testamento dei ciechi — Testamento dei contadini nei villaggi — Testamento nelle malattie contagiose — Testamento dei genitori a favore dei figli — Testamento militare — Espressione di esso.

§. 392. Della *dimostrazione* della volontà.

§. 393. Del contenuto del testamento. In rapporto dei beni, *as* — In rapporto alla istituzione dell'erede. — Quali persone non possono esserlo. — L'erede dee pure volerlo essere — Passaggio alla sostituzione.

§. 394. Della sostituzione volgare — Concetto di questa — Condizioni ed effetti di essa.

§. 395. Della sostituzione pupillare — Doppio carattere di questa. — Effetti e modo di estinguersi. — Quasi pupillare sostituzione — *precaria substitutio.* — Fedecommessi.

§. 396. La sostituzione è nel medesimo tempo progresso e termine della successione testamentaria. — Contrasto di questa col legato.

§. 397. Rapporto dell'eredità col legato, e dell'erede col legatario. — *Lex Furia.* — *Lex Voconia.* — *Lex Falcidia.* Calcolo di questa. — Eccezioni.

§. 398. Delle differenti specie dei legati. — *Legatum vindicationis*, *praeceptionis.* — *Legatnm damnationis.* — Identità di entrambi nel *legatum sinendi modo*, nel *Senatusconsultum Neronianum*, e nella legislazione Giustinianea.

§. 399. Chi può legare? — Degli obbietti e del contenuto del legato. — Differenza del legato dalla eredità sotto un tale rapporto. — *Legatum usufructus*, — *servitutum*, del pegno, — *nomen legatum*, — *legatum debiti*, — *liberatio legata*, — *legatum generis*, — *legatum dotis*, — *annua legata*, — *alimenta legata*, — legato d'un fatto, — legato di una *universitas rerum*, — legato della cosa altrui, — legato d'una quantità.

§. 400. Del concetto del legato *partitionis.*

§. 401. Della persona del legatario. — Prelegato. — *A legatario legari non potest.*

§. 402. Dell'acquisto dei legati. — *Quando dies cedit*, *quando dies venit*. — Adozione. — Effetti di questa. — Che può dimandare il legatario? — Che può pretendere per contrario il gravato? — Azioni. — Passaggio al fedecommesso.

§. 403. Idea ed origine del fedecommesso. — Rapporto del fedecommesso colla eredità. — Fedecommesso universale. — Simiglianza del fedecommesso singolare col legato. — Della *mortis causa donatio*, — *mortis causa capio*.

§. 404. Dei rapporti del fedecommesso universale colla eredità, e della espressione del *S. C. Trebellianum* e *Pegasianum*. — Pareggiamenti di essi da Giustiniano.

§. 405. Dei rapporti del fedecommissario col fiduciario.

§. 406. Della forma dei fedecommessi. — Codicilli. — *Fideicommissum heredi praesenti injuctum*. — Clausola codicillare, — *regula Catoniana*.

§. 407. Della rivocazione dei testamenti. — *Testamentum ruptum*, *irritum*, *destitutum*.

§. 408. Della rivocazione della istituzione dell'erede. — Decorso di dieci anni, e della rivocazione fatta davanti a tre testimoni o al magistrato. — Testamento annullato, e ritirato. — Testamento posteriore.

§. 409. Della *ademptio et translatio* dei legati.

CAP. IV.

Della successione intestata.

§. 410. Principio della successione intestata.

§. 411. Della successione intestata per antico dritto civile. — Tre classi, — *sui heredes*, — Agnati, — Gentili.

§. 412. Della successione intestata Pretoria. — Provvedimenti ai primitivi difetti. — Classe *unde liberi*. — Classe *unde legitimi*. — Classe *unde cognati*. — Classe *unde vir et uxor*.

§. 413. Dell'Editto successorio.

§. 414. Delle vicende della successione intestata fino alla Novella 118. — *Senatus consultum Tertullia-*

Digitized by Google

CAP. VI.

Della *bonorum possessio* in opposizione colla *hereditas*.

FINE.

MAG 2002104

INDICE.

Sulla scoverta delle Istituzioni di Cajo.

Svolgimento logico del sistema del dritto Romano.

Elementi del dritto Romano sistematicamente ordinati.

Libro I.

Libro II. Dritto di proprietà.

Libro III. Dritto delle obbligazioni.

Libro IV. Dritto di famiglia.

Libro V. Dritto di successione.

CONSIGLIO GENERALE DI PUBBLICA ISTRUZIONE

Rip.° Car.° N.° 88 Oggetto.

Napoli 5 febbrajo 1853.

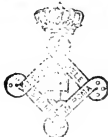
Vista la dimanda del Tipografo Giuseppe Acampora il quale à chiesto di porre a stampa *Studii sopra Gans relativi al sistema del Dritto Romano colle scoverte di Cajo da Antonio Turchiarulo.*

Visto il parere del Regio Revisore signor D. Carmine Preziosi.

Si permette che la suindicata opera si stampi però non si pubblichi senza un secondo permesso che non si darà se prima lo stesso Regio Revisore non avrà attestato d'aver riconosciuto nel confronto esser l'impressione uniforme all'originale approvato.

Il Presidente
FRANC. SAV. APUZZO.

Il Segretario
GIUSEPPE PIETROCOLA.

Digitized by Google

SOTTO I TORCHI

THIBAUT

OPERE DI DRITTO CIVILE

PARTE PRIMA: Compendio del Codice civile Francese conferito coi principii del dritto Romano.

PARTE SECONDA: Trattati di dritto civile.